



A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FACE À CRIMINALIDADE ECONÓMICA GLOBALIZADA

Atas da Conferência Internacional

**Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho**

2017

A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada

Atas da Conferência Internacional
9 de dezembro de 2016

Coordenação Flávia Novera Loureiro

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho
2017

FICHA TÉCNICA

Título

A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada – Atas da Conferência Internacional

Coordenação Científica

Flávia Novera Loureiro

Organização e Edição

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito Universidade do Minho

Campus de Gualtar

4710-057 Braga

+351253601841/+351253601810

ciidh@direito.uminho.pt

Intervenientes

Clovis Demarchi

Eva María Souto García

Fernando Conde Monteiro

Fernando Torrão

Flávia Novera Loureiro

Manuel Monteiro Guedes Valente

Nuno Brandão

Patrícia Jerónimo

Susana Aires de Sousa

Wladimir Brito

Local e Data

Braga, novembro de 2017

ISBN 978-989-54032-0-2

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA..... - 5 -

A CORRUPÇÃO COMO ENTRAVE À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Clovis Demarchi..... - 9 -

SOBERANIA COMO RESPONSABILIDADE

Wladimir Brito..... - 27 -

GOVERNANÇA, CORRUPÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Patrícia Jerónimo..... - 37 -

REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS SOBRE A CRIMINOLOGIA, A PROPÓSITO DA CONSIDERAÇÃO DE FORMAS DE VIGILÂNCIA SOBRE OS CIDADÃOS SEM LIMITES NUM FUTURO MAIS OU MENOS PRÓXIMO

Fernando Conde Monteiro..... - 73 -

O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL ECONÓMICO NA ERA DA REGULAÇÃO

Nuno Brandão..... - 87 -

“CRIMINALIDADE ECONÓMICA DE EMPRESA”: DESCONTINUIDADES NOS MODELOS DE IMPUTAÇÃO E EXCESSOS DE INTERVENÇÃO PUNITIVA

Fernando Torrão..... - 119 -

O QUÊ, PORQUÊ E COMO PROIBIR NO DIREITO PENAL FISCAL

Susana Aires de Sousa..... - 131 -

OS ATENTADOS À CONCORRÊNCIA, A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO PENAL

Flávia Novera Loureiro - 145 -

**PROTEÇÃO PENAL DO CONSUMIDOR E DO INVESTIDOR EM ESPANHA:
UMA APROXIMAÇÃO ÀS FIGURAS DELITIVAS RELACIONADAS**

Eva María Souto García..... - 161 -

**OS MEIOS OCULTOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NA CRIMINALIDADE
ECONÓMICA E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Manuel Monteiro Guedes Valente - 175 -

NOTA PRÉVIA

A obra que agora se partilha com o público reúne as Atas da Conferência Internacional “A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada”, realizada em 9 de dezembro de 2016, em Braga, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Foram muitas e de distinta natureza as causas próximas para a realização daquele encontro científico: por um lado, pretendia-se assinalar o aniversário do Dia Internacional dos Direitos Humanos, por outro, queria-se comemorar o Dia Internacional contra a Corrupção, e, por um outro ainda, desejava-se fazer a apresentação pública do Livro Comemorativo dos 10 Anos do Mestrado em Direitos Humanos. Uniram-se estas razões ao desejo, transformado algum tempo antes em projeto, de levar a cabo uma conferência sobre as questões suscitadas pela criminalidade económica globalizada, que permitisse juntar diferentes reflexões, nacionais e estrangeiras, em torno de alguns dos seus mais candentes problemas.

Essa Conferência foi, assim, resultado da organização conjunta do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (CII-DH), do Observatório Lusófono de Direitos Humanos (OLDHUM) e do Mestrado em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, a quem quero agradecer nas pessoas dos respetivos Diretores e Presidente, Prof. Doutor Mário Monte, Professor Doutor Wladimir Brito e Prof. Doutora Patrícia Jerónimo, pelo apoio que desde o primeiro dia expressaram por esta iniciativa. Idêntico agradecimento é devido à Escola de Direito, representada pela sua Presidente, Professora Doutora Maria Clara Calheiros, que acolheu calorosamente a Conferência.

Os Oradores que nessa altura se reuniram, divididos por quatro meses, duas dedicadas à globalização da criminalidade económica e riscos para os direitos humanos (parte geral) e duas outras dedicadas às novas e renovadas formas de criminalidade económica globalizada (parte especial), trouxeram à Escola de Direito uma discussão fértil e profunda em torno de tema e concederam-nos a possibilidade de transformar essas participações orais numa obra conjunta. A todos quero expressar o meu agradecimento sentido – àqueles que puderam contribuir para este trabalho e àqueles que, por afazeres de diversa natureza, não conseguiram participar com o texto escrito: de todos eles é este resultado, pois que nascido da ponderação e do debate que aquela Conferência gerou.

Permita-se-me ainda um par de notas sobre a organização interna desta publicação. Os textos vão apresentados de acordo com a ordem pela qual foram produzidas as intervenções

orais, pois que esta havia sido estabelecida de acordo com um critério material. Respeitaram-se, naturalmente, as opções dos Autores no que respeita à forma, grafia e modo de referenciação, sem detrimento do esforço de harmonização que foi realizado.

Um agradecimento é devido, necessariamente, ao Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, por ter assumido imediatamente o desafio de produzir este livro, numa altura em que tantas dificuldades se enfrentam para dar à estampa trabalhos académicos.

A Academia constrói-se, quotidianamente, com a intervenção de todos quantos, através do seu pensamento e da sua ação, querem contribuir para o desenvolvimento de um espaço de estudo, de crítica e de partilha. Aqui fica uma pequena pedra.

Flávia Novera Loureiro

A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada

Textos resultantes das comunicações de

Clovis Demarchi

Professor na Universidade do Vale do Itajaí

Wladimir Brito

Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho

Patrícia Jerónimo

Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho

Fernando Conde Monteiro

Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho

Nuno Brandão

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Fernando Torrão

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

Susana Aires de Sousa

Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Flávia Novera Loureiro

Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho

Eva María Souto García

Professora na Facultad de Derecho da Universidad de A Coruña

Manuel Monteiro Guedes Valente

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa, Professor Convidado no ISCP SI, Advogado

Associado da Rogério Alves & Associados

A CORRUPÇÃO COMO ENTRAVE À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

*Clovis Demarchi**

Sumário

1. Considerações gerais a título de introdução; 2. A corrupção e o seu contexto; 3. Elementos de História do Brasil e a Corrupção; 4. A corrupção como crime transnacional; 5. Razões da Corrupção; 6. Direitos humanos e corrupção; 7. Possibilidades frente a corrupção; 8. Considerações a título de conclusão; Referência das fontes citadas

Cumprimento aos organizadores desta conferência, agradeço o convite. É uma grande honra estar aqui e rever grandes amigos que fiz durante o meu estágio de pesquisa para o doutoramento, com o apoio da CAPES/Ministério da Educação do Brasil e Universidade do Vale do Itajaí, SC, Brasil.

1. Considerações gerais a título de introdução

A preocupação nesta exposição sobre a “corrupção” é demonstrar as consequências desta atividade criminosa para a pessoa que é a detentora dos Direitos Humanos e para o Estado que é o responsável pela garantia desses direitos. Quando se pensa em Direitos Humanos, fazemos uma distinção entre os direitos civis e políticos de cada cidadão que em muitas vezes estão impedidos de os exercer plenamente, mas que no meu entendimento são menos prejudiciais à dignidade em si (caso haja a possibilidade de mensurar a dignidade), do que os

* Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

direitos sociais e econômicos, que normalmente são os que mais aparecem e podem demonstrar mais facilmente como a corrupção é um entrave à concretização dos Direitos Humanos, isto porque pode-se afirmar que os direitos sociais e econômicos são palpáveis, são visíveis.

Ao se pensar em direitos sociais e econômicos é mais fácil observar os entraves, pois estes direitos são possíveis de se mensurar visto que se tem como designar o mínimo existencial, isto é, o quão é necessário, minimamente, para que uma pessoa possa suprir suas “necessidades vitais básicas”¹. Assim como se pode caracterizar estas necessidades vitais básicas, manifestadas em questões de saúde, moradia, transporte, alimentação, vestuário entre outras, que se entende como necessidades que devem ser supridas para garantir a Dignidade do ser Humano. Utilizando a ideia pragmatista, seria afirmar que se houvesse a necessidade de uma escolha entre a liberdade e a alimentação, em termos de dignidade da pessoa humana ou garantia do mínimo existencial, a alimentação estaria com importância maior.

A cada dia, ou poderíamos dizer, todos os dias, observamos anúncios de escândalos que dizem respeito ao mau uso do dinheiro público, abro um parêntese para dizer que não só no Brasil, mas nas mais variadas nações que até décadas passadas eram o paradigma da boa reputação. Mas, conforme se anuncia, o exemplo do Brasil é, pelo que parece o maior exemplo de corrupção no mundo, tanto pela quantidade de dinheiro envolvido, como pelo número de pessoas beneficiadas e principalmente, pela qualificação das pessoas que estão envolvidas (políticos mais influentes do país e grandes grupos empresariais). Isso por si só vem somente confirmar a realidade brasileira onde, desde a independência em 1822, os grupos que se mantiveram perto do poder, sempre se utilizaram da política como instrumento para garantir e aumentar os seus lucros, independentemente dos meios utilizados. Contexto que se desnuda com as delações e acordos feitos, principalmente com os envolvidos na Operação Lava Jato².

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2016. Artigo 7º, IV.

² O nome, “Lava Jato”, foi atribuído visto que se utilizava de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. “No dia 17 de março de 2014, a Polícia Federal deflagra uma operação com o objetivo de investigar e desarticular um esquema de desvio de recursos públicos e lavagem de dinheiro que teria movimentado R\$ 10 bilhões. A partir da prisão de doleiros e, posteriormente, de ex-funcionários da Petrobrás, a Lava Jato revela a existência de uma rede de corrupção ligada à principal estatal brasileira que envolve empreiteiras, partidos políticos e agentes públicos”. O ESTADÃO. Operação lava jato. Disponível em:

2. A corrupção e o seu contexto

Diante da realidade da globalização, não se pode mais pensar na corrupção como um problema pertencente somente a um Estado, ou seja, de ordem interna. Assim como é um erro pensar que a corrupção somente atinge pessoas do próprio Estado em que ela ocorre. Ou seja, pode-se afirmar que não há barreiras, ou, não há fronteiras que possam impedir a influência política e econômica entre os estados bem como, não há formas de impedir a facilidade de comunicação e de transporte, desta mesma forma, não se entende a corrupção como fechada ou estabelecida em um território, desta forma, a corrupção, assim como as organizações criminosas, estão globalizadas.

Há um processo de transnacionalização da criminalidade e da corrupção. Por exemplo, um político brasileiro com um político português, utilizam-se de empresa brasileira para atuar em um país da África³. Seria uma ótima ação se por traz desta movimentação entre países não houvesse alguém levando vantagens... desse modo, fica evidente que a corrupção é transnacional e consequentemente, qualquer tentativa unilateral de buscar combater o problema não dará resultados.

O Brasil conseguiu avançar em muitas questões da lava jato, devido a contribuição de outros países que dividiram informações. Desta forma, é necessária a busca de soluções pelo conjunto de países, que sem dúvidas viabilizarão mecanismos de prevenção e de combate a esta atividade criminosa.

Destaca-se também que a corrupção pode estar presente em qualquer forma de governo, assim como em qualquer estado e em qualquer tempo. Por isso que a corrupção já era tema de discussão de Aristóteles, na Grécia, assim como hoje no Brasil, ou na Rússia pré anos 90, assim como no Japão, Coreia do Sul ou México⁴.

<http://infograficos.estadao.com.br/politica/operacao-lava-jato/?nucleo=&situacao=&partido=>. Acesso 20 nov. 2016.

³ Veja-se por exemplo a reportagem sobre os “Tentáculos da Odebrecht na Angola e Moçambique”. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-002/corrupt%C3%A7%C3%A3o-os-tent%C3%A1culos-da-odebrecht-em-angola-e-mo%C3%A7ambique/a-38569474>. Disponibilizado em 24/04/2017.

⁴ “Em menos de meia década a reação mundial contra a corrupção tomou de assalto o cenário político internacional. Governos caíram. Partidos há muito no poder foram expulsos do comando. Presidentes, primeiros-ministros, parlamentares e caciques corporativos antes poderosos foram questionados/investigados, à exaustão, por promotores, e engrossam os registros de processos judiciais. Itália, França, Japão, Coreia do Sul, Índia, México, Colômbia, Brasil, África do Sul: nenhuma região escapou e pouquíssimos países estão imunes. (GLYNN, Peter; KOBRIN, Stephen; NAÍM, Moisés. A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 27.

Logo, independe de forma de organização do Estado, ou ideologia. A corrupção está relacionada com a pessoa.

Em sendo assim, importante que se caracterize a ideia de corrupção, ou seja, entender que corrupção significa, já na ideia de Aristóteles, 400 anos a.C.! Seria a mudança do estado das coisas, seria o desvio de conteúdo, ou se passarmos a tratar do homem e suas relações, estaríamos afirmando o seu desvirtuamento, a ausência da ética e da moral nos padrões socialmente aceitáveis⁵.

Hoje, a corrupção, apresenta-se como uma espécie de conduta motivada pela possibilidade de se obter alguma vantagem e, desta forma, contrariando o que a sociedade entende como justo ou correto⁶. Claro que aqui poder-se-ia passar horas discutindo o que seria justo ou certo, pois são categorias que apresentam conceitos amplos que podem apresentar os mais variados sentidos.

Como se vive em sociedade e se tem o estado como organizador e as normas jurídicas como comandos ou padrões de conduta, estas apresentam validade formal e consequentemente, a legitimidade, que para nós representa a satisfação do interesse da coletividade que tem como fim último a concretização do bem comum⁷.

Pensando desta forma, e seguindo esta lógica, o certo e o justo estaria na relação entre o que a sociedade defende por ser de validade formal e o que é legítimo, que visa ao bem comum.

Assim, quando se estabelece essa lógica, verifica-se que a corrupção tem como característica o fato de uma pessoa possuir um comportamento que não respeita a norma, como consequência tem vantagens para si em detrimento dos demais. Atitude esta que não contribui socialmente, mas prejudica o que se quer concretizar como bem comum, visto esta pessoa pensar somente no bem pessoal.

Passando para uma visão mais prática, esta ideia de não respeitar a norma estabelecida com a finalidade de levar vantagem para si, no Brasil é uma realidade histórica e que foi cultuada como sendo algo bom, quando na realidade sabe-se que isso não é verdade. A ideia do “jeitinho brasileiro” ou de “levar vantagem em

⁵ FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 44-48.

⁶ ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43-44.

⁷ Veja: DEMARCHI, Clovis. *Direito e Educação: a regulação da Educação Superior no Contexto transnacional*. Jundiaí: Paco Editorial, 2014. p. 27-29.

tudo”, famosa “lei de Gerson”⁸, contribuiu para que se formasse uma ideia incorreta em termos sociais com a finalidade de justificar a corrupção. Essa realidade é possível ser observada nas ideias de Althusser⁹ que ao estabelecer os chamados Aparelhos Ideológicos do Estado, deixa a entender duas ideias que Guareschi¹⁰ as transforma em palatáveis ao dizer que a “Comunicação constrói a realidade” e a segunda que diz que “quem detém a comunicação, detém o poder”.

Como atualmente a realidade de corrupção no Brasil está acima de qualquer nível aceitável, é comum que os meios de comunicação deem mais importância para o Brasil, mas isso não significa que é somente no Brasil que se tem corrupção. Pode-se assim lembrar de um ditado popular usado no Brasil: “ao se falar da sujeira do quintal vizinho, não serei alvo da sujeira do meu quintal”.

3. Elementos de História do Brasil e a Corrupção

A história do Brasil, é repleta de elementos que formaram a ideia de corrupção como sendo endêmica. Pode-se dizer, que o Brasil nasceu cercado por uma conduta não correta. Desde o momento em que surge na história a partir do ano 1500, quando, a princípio passou a ser fornecedor de matéria prima. Os que aqui vieram buscavam o enriquecimento fácil. A ambição era enriquecer para retornar ao velho mundo¹¹.

Por exemplo, quando o Brasil era colônia¹², o contrabando era muito comum¹³. Os estrangeiros, ajudados pelos nativos além do contrabandear os produtos, também sonegavam a coroa. Famosas são as histórias do Santo do Pau Oco... que usavam a estátua do Santo para no seu interior contrabandear ouro em pó e desta

⁸ Assim como existe a conhecida *Lei de Murphy*, onde “se algo pode dar errado ... dará errado”, no Brasil a Lei de Gerson é conhecida pois, segundo ela, “se algo pode dar errado, não tem problema, pois mesmo que der errado, se dará um jeitinho de fazer parecer certa”.

⁹ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

¹⁰ GUARESCHI, Pedrinho. *Sociologia Crítica: Alternativas de mudança*. 57 ed. Porto Alegre: Mundo jovem, 2005.

¹¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.

¹² HABIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 9-11.

¹³ ANDRADE, Thiago Xavier de. Entendendo a corrupção no Brasil. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, n. 1.113. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2865>. Acesso em: 20 nov. 2016.

forma não pagar impostos. Não diferente dos métodos atuais para contrabandear drogas, por exemplo.

Hoje essa realidade é possível pela própria postura do Estado que não possui formas eficientes de fiscalização, ou que por interesses, deixa de realizar ou criar meios eficientes com a finalidade de facilitar a própria corrupção. Assim como se tem a participação dos próprios funcionários públicos neste processo. Nos tempos antigos da história do Brasil, eram os próprios emissários da coroa que se encontravam envolvidos. Hoje, mudou-se as pessoas e a forma de governar, mas a atitude parece que permaneceu visto o grande número de funcionários públicos e agentes políticos envolvidos no processo de corrupção.

Com a Independência, em 1822 e o início do império, a corrupção não foi eliminada, e encontrou novas formas de atuação. Não era mais o contrabando, mas o favorecimento e os privilégios para os amigos, lesando os cofres públicos e contribuindo para ruir com o regime imposto no país¹⁴.

Veio a proclamação da república em 1889 e o coronelismo se fortaleceu. Não mais império, mas presidencialismo e agora a política do chefe de Estado tinha a sua autoridade reconhecida conforme os acordos realizados, conforme os pactos firmados, num interminável tráfico de influências¹⁵.

Cresceu a classe dos funcionários públicos como forma de solucionar o desemprego e por outra como moeda de troca para os políticos. Resultando no apadrinhamento e no clientelismo¹⁶.

Rui Barbosa, em sessão do Senado, em dezembro de 1914 afirma: “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto

¹⁴ PAGLIARO, Antônio; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

¹⁵ HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 37.

¹⁶ FERREIRA, Mariana Carnaes. O clientelismo e os cargos comissionados: impacto na eficiência da administração pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14137&revista_caderno=4. Acesso 20 nov. 2016.

[...]”¹⁷, apesar de ser um texto de 1914, como afirmado anteriormente, observa-se que o mesmo encontra-se muito atual.

Foi comum no discurso dos presidentes brasileiros como Getúlio Vargas, 1930, Juscelino Kubitschek, 1950, Jânio Quadros, João Goulart início da década de 60 do século passado, os presidentes do Regime Militar, de 1964 a 1985, a promessa de moralização da Administração Pública, porém pouco avançaram em concreto.

Os presidentes do regime militar, por outro lado favoreceram a ampliação dos abusos, visto que o poder estava concentrado e a publicidade só era feita para favorecer o Governo e seus partidários. Com estávamos sob a égide da censura e da lei de segurança nacional, poucos se atreviam a denunciar os atos de corrupção, visto a possibilidade de julgamento por uma corte militar, desta forma debaixo desse poderoso manto protetor, aconteceu a mais deslavada corrupção, que acabou por se tornar rotineira e institucionalizada no país.¹⁸

A partir de 1985, com a abertura democrática chegou Tancredo Neves com a promessa de moralização do país, porém, morreu sem assumir. Seu vice-presidente, José Sarney, teve a sua administração marcada pela proliferação de Comissões Parlamentares de Inquérito que tentavam apurar escândalos, mas sem chegar aos verdadeiros culpados. Ao deixar o governo em 1989, deixou um país sufocado pela dívida externa e desmoralizada pelo péssimo comportamento dos políticos¹⁹.

É eleito então o “caçador de marajás”, prometendo erradicar as mordomias de funcionários públicos que não trabalhavam e ganhavam salários, prometendo moralizar o Governo, passando a ideia de Robin-Hood. Começou bem, até que foi denunciado e passou para a História como o primeiro Presidente brasileiro a perder o mandato em decorrência de um processo de “impeachment”. Os crimes cometidos pelo então presidente “foram mero pretexto para o afastamento [...] Collor caiu em desgraça no dia que anunciou um plano econômico que transferia para as elites o ônus das mudanças”.²⁰

¹⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. *Obras completas de Rui Barbosa: Discursos Parlamentares*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1946. v. XLI. t. III. p. 86.

¹⁸ MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. O círculo vicioso da Corrupção. In: LEITE, Celso Barroso Leite et al. (Org.). *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1987, p. 23-24.

¹⁹ TEIXEIRA, Alessandra Moraes. A corrupção como elemento violador dos direitos humanos no cenário internacional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1615>. Acesso em: 21 nov. 2016.

²⁰ COSTA, Marcos. *A história do Brasil para quem tem pressa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Valentina, 2017. p. 150.

Na era do Real (atual moeda brasileira), durante o governo Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002 muitas denúncias foram abafadas, por exemplo na contratação do sistema de proteção e vigilância da Amazônia (SIVAM); os deputados punidos e afastados pela compra de votos para aprovação da ementa constitucional da reeleição²¹; a forma de privatização de várias empresas estatais e do sistema de telecomunicações com jogo de cartas marcadas; a construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo com vários políticos envolvidos e não punidos.

Com o andamento da investigação da corrupção através da Operação Lava Jato se está na fase de descobertas dos escândalos do PT, de Lula 2002 a 2010 e de Dilma de 2011-2016. Neste período também estourou o chamado o escândalo do mensalão de 2004 que ainda se arrasta em algumas pontas com vários políticos e empresários presos, onde se comprava votos para votações a favor do governo. Vários integrantes do partido foram presos por transportarem dinheiro vivo. Ministros perderam o cargo por enriquecimento ilícito. Vários políticos do partido foram condenados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por corrupção ativa e formação de quadrilha²².

Atualmente, qualquer questão relativa a corrupção está ofuscada pela Operação Lava-jato, deflagrada em 17 de março de 2014, tendo à frente o juiz Sérgio Moro, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Operação que por sinal foi premiada neste dia 03/12/2016 pela Transparência Internacional como a melhor iniciativa contra a corrupção.

Incentivados pela delação premiada, réus entregaram pessoas e partidos. O foco estava centrado no PT, mas hoje todos os partidos brasileiros possuem políticos que se beneficiaram com as fraudes e os desvios nos contratos da Petrobras e outras empresas estatais.

Pessoas pensam que com o desbravamento da operação lava jato, chegar-se-á ao fim da corrupção no Brasil. É um pensamento ilusório e isso não é ser pessimista, mas realista, pois há um arsenal tecnológico voltado para o objetivo maior de se locupletar às custas do patrimônio público.

²¹ BRASIL. Emenda constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc16.htm#art82. Acesso 21 nov. 2016.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF libera parte do acórdão com resumo do julgamento do mensalão. Disponível em: <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100467051/stf-libera-parte-do-acordao-com-resumo-do-julgamento-do-mensalao>. Acesso 21 nov. 2016.

4. A corrupção como crime transnacional

O problema da corrupção tem dimensões que vão muito além das fronteiras do país, a corrupção prejudica a todos, cria obstáculos às relações comerciais entre os Estados e suas empresas, facilita a prática de outros crimes, como o narcotráfico e a ‘lavagem’ de dinheiro. Pesquisando os grandes crimes de corrupção no mundo, vê-se que muitos governos mundiais estão envolvidos, uns com maior e outros com menor repercussão na mídia. Isto faz a diferença em um mundo que vive na era da informação. O que não é informado, o que não é divulgado não existe. Lembre-se da corrupção da Associação Mundial de Futebol? FIFA? Foi resolvido? Passou para os fatos esquecidos ou não se tem interesse em divulga-los, afinal, futebol é o grande “circo” para o povo, em uma analogia com ideia de “pão e circo”²³, que é o que se tem hoje, visto que grande parte da população não tem a comida, então fica-se com o divertimento.

Dia 09 de dezembro é o Dia internacional contra a corrupção. Este dia foi declarado não por se ter corrupção no Brasil, mas por ser um mal mundial, que prejudica a todos. A ONU já se dedica a este tema desde 1996, ou seja, mais de 20 anos.

As pesquisas demonstram que empreiteiras e fornecedores pagam propina aos governos em propriamente todos os países... O próprio Banco Mundial já se manifestou a respeito, chamando a atenção para o fato de que os Estados em que existem altos índices de corrupção são prejudicados uma vez que a propina aumenta o custo da operacionalização de negócios nesses países, afastando investidores.²⁴

Desta forma, não há como não se afirmar que historicamente a corrupção vem sendo uma das maiores causas de esfacelamento dos Estados e miséria de suas populações.

5. Razões da Corrupção

Entender as razões pelas quais alguém se desvia do padrão normal de conduta com a finalidade de delinquir mesmo sabendo que pode ser punido por isso, talvez

²³ A política do Pão e Circo. Dar comida e divertimento. Política usado pelos líderes romanos. A ideia se imortalizou com a frase da Sátira X do humorista e poeta romano Juvenal (100 d.C.).

²⁴ AVRITZER, Leonardo, et al. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008. p. 511.

seria uma das grandes questões da Criminologia. Caso fosse seguindo Lombroso em “L’uomo delinquente”²⁵ poderíamos pensar que estas pessoas nascem predestinadas ao crime, predestinadas à corrupção. Mas, sabemos que esta teoria há muito tempo foi superada, pois não há determinismo biológico.

Mas se a corrupção fosse uma realidade exclusiva do Brasil e não fosse um problema mundial, poder-se-ia argumentar que o problema fosse da índole do povo brasileiro. Mas não é essa a realidade. Pode-se dizer sim que o povo brasileiro tem a fama de ser bonzinho, hospitaleiro. Neste caso é possível dizer que é resultado dos ensinamentos dados pelos colonizadores, assim, o povo foi ensinado a ser dependente e admitir a exploração através do processo de colonização feito pelos portugueses durante o período colonial, no período imperial foram os ingleses que se estabeleceram e na república pela dependência que se tem através do domínio econômico dos norte-americanos.

A sociedade brasileira foi ensinada a pensar que o que é público não significa “para todos”, mas que significa “de ninguém”. Esta ideia ainda se faz presente em muitas mentes da população. A ideia de levar vantagem, dar um jeitinho. Aceitar que político é corrupto mesmo e que as coisas são assim mesmo e não vão mudar.

Esta ideia se faz presente ainda, mas não é só no Brasil. Entende-se que com toda a tecnologia e formas de informação que tem atualmente, esta ideia está chegando ao limite. A sociedade aprendeu a conviver com a ideia da impunidade, com a ideia de que as instituições não funcionam e não vão funcionar. Acostumou-se a isto. Mas, já há uma consciência nova que sabe que o maior mal de uma sociedade é acreditar na impunidade. Desde criança, na família, quando a mãe ou o pai promete dar um castigo e não o faz, está criando a ideia da impunidade, ou seja, leva a criança a não fazer o que deveria pois sabe que não haverá castigo.

Os seres humanos se distinguem dos demais pela inteligência, por poder fazer escolhas de acordo com a sua personalidade, sua formação, sua moral. Contrapondo-se a isso, tem-se a norma jurídica que está na função de impor condições para o exercício desta liberdade de escolha. Destaca-se que a norma jurídica não priva a pessoa de escolher, mas apresenta condições e consequências desta escolha. Estabelece limites. A norma jurídica estabelece a medida (dimensão) da escolha e é ela que apresenta sanções caso a escolha não siga os padrões exigidos pela sociedade.

²⁵ LOMBROSO, Cesare. *L’uomo delinquente*. 5 ed. Roma: Bompiani, 1897.

Esta ideia é simples de ser compreendida. Mas como entender a pessoa que mesmo sabendo da sanção pelo não cumprimento opta por não seguir a norma estabelecida? A princípio, entende-se que a pessoa que faz isso não o faz conscientemente, logo é débil. Mas frente a quantidade de atos contrários a norma, mesmo sendo realizado por pessoa não débil, encaminha para outra dimensão, ou seja, porque sabe da impunidade, ou, não acredita na possibilidade de vir a ser punido, da mesma forma que o filho que não respeita/obedece o pai, por saber que não será punido.

Desta forma não há dúvidas que a maior razão da corrupção é a sensação de impunidade. Ou seja, o entender que pela sua condição (político, empresário, funcionário público...) está acima da norma. Relacionado a isso, observa-se que quem está cometendo os atos contra a administração pública são os que comandam o processo (políticos, funcionários públicos, empreiteiros/empresários...) e consequentemente, possuem os mecanismos para atuar de forma criminosa, mas também para eliminar os vestígios.

6. Direitos humanos e corrupção

Relacionando o que até aqui foi exposto com os Direitos humanos, considerando-os como “reinvidicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo”²⁶. Sabe-se que os Direitos Humanos evoluem e são mutáveis no tempo e espaço devido as características da universalização e da multiplicidade.

Destaca-se que o que foi convencionado como Direitos Humanos são os que dizem respeito diretamente a Dignidade Humana. Ou seja, são os Direitos que as pessoas possuem, não porque o Estado ou alguma organização quis que assim o fosse, ou estabeleceu mediante norma, mas os Direitos humanos, são os direitos que a pessoa possui pelo fato de ser um membro da espécie humana.

Os direitos humanos são, neste sentido, os direitos essenciais do ser humano e desta forma não se pode admitir qualquer discriminação, seja por raça, cor, gênero, idioma, nacionalidade ou por qualquer outro motivo.

Refletir sobre os fundamentos da Declaração Francesa de 1789, ou da Declaração Americana de 1776 até se chegar à Declaração Universal de 1948

²⁶ HENKIN, Louis. *The rights of man today*. New York: Columbia University Press, 1988. p. 2. Tradução livre.

entende-se que houve um longo e árduo caminho para a positivação desses direitos, ou seja, para o reconhecimento por parte dos Estados.

Contextos estatais que passaram a proibir, limitar ou controlar certos direitos considerados inalienáveis, é que exigiram que organismos internacionais criassem meios de proteção, representada pela proteção aos direitos civis e políticos, mas também valores como trabalho, instrução, saúde, lazer, representados pela inserção dos direitos sociais, econômicos e culturais, assim como hoje estão incluídos a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público. Desta forma, se observa que os direitos humanos são reconhecidos em qualquer parte, apesar que isto não significa, necessariamente, que sejam respeitados em qualquer parte. Visto que a prática, neste caso, não acompanha a teoria.

A título de exemplo, pode-se colocar as seguintes questões: A fome no mundo é causada pela falta de alimentos ou por questões econômicas que não querem a sua distribuição de forma adequada? Não é preciso muito esforço para encontrar explicações fáceis de que o problema não é a falta, mas, a distribuição e o desperdício²⁷.

A falta de moradia é por falta de recursos ou pela concentração nas mãos de poucos? Dessa forma poder-se-ia tratar sobre educação, saúde e muitos outros direitos que se caracterizam como necessários para garantir a Dignidade Humana.

Sem dúvida, a corrupção é a grande responsável por estas mazelas em que vive a sociedade. Vê-se os governos estabelecerem ótimos orçamentos, mas sempre deficitários, insuficientes e que contribuem para solapar as bases da economia e como consequência do povo e o problema não está na arrecadação de tributos, mas na forma adequada de aplicação dos recursos.

É a corrupção que responde pelas condições sub-humanas que vivem as pessoas no sistema penitenciário, onde a ideia seria a ressocialização da pessoa que nem socializada foi. É a corrupção que compra os meios de comunicação para que defendam os interesses do Estado e mantenham o “status quo”. São os meios de

²⁷ “Atualmente, 842 milhões de pessoas ainda passam fome em todo o mundo. Por outro lado, sabemos que cerca de 1,3 bilhão de toneladas de alimentos é desperdiçada todos os anos. As consequências econômicas diretas do desperdício de alimentos, sem incluir peixes e frutos do mar, atingem o montante de US\$ 750 bilhões por ano. Mais da metade (54%) do desperdício de alimentos no mundo ocorre na fase inicial da produção, na manipulação, pós-colheita e armazenagem. O restante (46%) ocorre nas etapas de processamento, distribuição e consumo. BOJANIC, Alan. Uol Notícias. Fome no mundo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/05/06/enquanto-milhoes-passam-fome-13-bi-de-toneladas-de-comida-e-desperdicado.htm>. Acesso 20 nov. 2016.

comunicação que anunciam a ideia de golpe, de crise ou de estabilidade e conforto, conforme os interesses. Não possuem pudor, possuem interesses.

A corrupção contribui na manutenção da fome e miséria quando fortunas são desviadas ao invés de atender aos projetos de rodovias, irrigação, transporte, educação, saúde e muitas outras melhorias.

É hipocrisia pensar que os problemas da Previdência Social seja somente as contribuições dos trabalhadores, ou que os problemas da saúde seja a falta de dinheiro, assim como os problemas com a educação, ou ainda que a fome seja pela falta de alimentos. O que está por detrás disso, na verdade, é a má administração do dinheiro público. Dinheiro que foi utilizado para a realização de obras que não trouxeram retorno para a sociedade, obras que somente enriqueceram pequenos grupos em detrimento de toda uma sociedade.

A corrupção encontra-se presente nos três poderes da república bem como na iniciativa privada com maior ou menor força. Assim, ela, nas suas mais diversas formas de atuação, corrompe todos os direitos do ser humano, que se apresentam pelo desrespeito a inviolabilidade do corpo, pela violação ao direito de trabalhar, de ter acesso à educação, a saúde, a previdência, a moradia, a alimentação, a segurança, enfim, a dignidade.

Desta forma, não há como não afirmar que a corrupção é a mais grave das violações aos direitos do ser humano, porque ela penetra nos diversos setores da sociedade e sem que se perceba se é constantemente fraudado. É a forma mais perversa de violação dos direitos humanos, porque rouba do Poder Público os meios para viabilizar os direitos sociais do cidadão.

7. Possibilidades frente a corrupção

A primeira grande necessidade diante da corrupção é não perder a esperança. É muito comum ouvir discursos de pessoas que estão desanimadas, ou que fazem o discurso de “considerar todos como corruptos”, mas a palavra é esperança. Há muito que se fazer para diminuir a corrupção na sociedade. Afirma-se diminuir porque entende-se que ela não vá acabar. O primeiro passo está no processo de conscientização de que a corrupção não vai diminuir ou acabar por meio de decreto, ou por alteração constitucional ou por meio de lei, mas precisamos mudar a legislação e acabar com a ideia de impunidade. Ou seja, é preciso um processo judicial que puna as pessoas com mais rigor e celeridade.

Necessário também que as instituições que estão junto ao estado sejam aperfeiçoadas constantemente para atenderem as demandas apresentadas na era da globalização e da informação e desta forma adequar e melhorar os processos de transparência e publicidade de todos os atos administrativos visando um melhor e efetivo do controle público. Neste contexto também está uma simplificação do sistema tributário. Pois, sabe-se que quanto mais se burocratiza, mais dificuldade se cria e como consequência, mais formas de burlar o sistema são apresentadas.

Quando se pensa em aperfeiçoar as instituições, deve-se buscar uma maior participação da sociedade civil organizada na fiscalização do Poder Público. Não deixar esta função somente para os pertencentes a administração política.

Hoje o Brasil, com a operação lava jato é a bola da vez, está na mídia, é o assunto. Mas isso não deve ser visto como um coisa ruim, pelo contrário, esse exemplo faz parte de um processo de organização, transparência e busca pelo certo e justo. Deve-se desconfiar, isso sim, quando nada se fala ou se discute sobre o assunto. Neste contexto e frente a toda esta realidade entende-se que está surgindo um novo Brasil, em que as pessoas se apresentam mais atentas e participativas, mais sintonizadas com o que acontecesse no dia-a-dia, um Brasil que busca acertar.

A experiência de democracia no Brasil, pós regime militar, é algo recente, pouco mais de 30 anos. É um país em construção, com acertos e desacertos, um país com muitas oportunidades e com um povo que está cada vez mais imbuído na busca de soluções, bem como está surgindo uma nova classe política, mais comprometida e responsável e contrária a política de favores. O poder judiciário está se renovando. A conjugação de todos estes fatores irá contribuir, não para eliminar, mas com certeza para reduzir a corrupção e melhor respeitar os direitos das pessoas.

Assim como diz a poesia de Elisa Lucinda e declamada pela cantora Ana Carolina

[...] A luz é simples, regada ao conselho simples de meu pai, minha mãe, minha avó e os justos que os precederam: " - Não roubarás!" - Devolva o lápis do coleguinha!" - Esse apontador não é seu, minha filha!" Ao invés disso, tanta coisa nojenta e torpe tenho tido que escutar. [...] - Deixa de ser boba, desde Cabral que aqui todo o mundo rouba." E eu vou dizer: " - Não importa! Será esse o meu carnaval. Vou confiar mais e outra vez. [...] Dirão: " - É inútil, todo o mundo aqui é corrupto, desde o primeiro homem que veio de Portugal". E eu direi: " - Não admito! Minha esperança é imortal!" E eu repito, ouviram? Imortal!!! SEI QUE NÃO DÁ

PRA MUDAR O COMEÇO, MAS, SE A GENTE QUISER, VAI DAR PRA MUDAR O FINAL.²⁸

Ou seja, no contexto atual, a sociedade está sendo informada e passa a conhecer a realidade de uma maneira que não lhe era peculiar. A sociedade sentia e sofria pela falta de capacidade do Estado em garantir as condições mínimas de dignidade às pessoas, mas não tinha ideia da dimensão da agressão que estava sofrendo, corroído pela corrupção. Como maior mal da humanidade, a corrupção é a responsável pela promoção da desigualdade e da exclusão. É ela a responsável pela fome e miséria da sociedade. Enfim, é a corrupção a responsável pela falta de investimento público, pois é a prática da corrupção que provoca a destruição da capacidade do Estado garantir e executar políticas públicas destinadas a concretização dos Direitos Humanos, principalmente os Sociais.

8. Considerações a título de conclusão

Entende-se que o respeito aos direitos humanos é fundamental pois são eles que garantem a existência da pessoa. Sejam os direitos civis e políticos ou os sociais e econômicos. São esses direitos que representarão as mínimas condições necessárias para que a dignidade se estabeleça.

Desde o momento em que o sujeito possui a consciência de que não vive só e, portanto, está relacionado a outros sujeitos, que por sinal possuem as suas próprias necessidades e suas próprias consciências inicia-se o processo de respeito aos direitos alheios. Por isso, a corrupção é uma degeneração do indivíduo que não tem consciência da vida em sociedade. É individualista, só pensa em si. Pode-se afirmar que o corrupto é imoral visto que seu comportamento demonstra que não possui a noção de convívio social, pois a vida em sociedade preza pelo comum e não pelo individual. O mais triste nesta história é que os grandes representantes da corrupção são, por sinal, os que se dizem representantes do povo, ou da sociedade.

Especificamente, o senso comum diz que sem uma educação adequada não se forma uma consciência crítica. Infelizmente, é assim que se preserva a impunidade. É assim que se mantém o *status quo*, que se preserva tudo como está, ou que reforça a ideia de “mudar para não mudar nada”. Pessoas mal preparadas e sem informação são facilmente ludibriados.

²⁸ LUCINDA, Elisa. Só de sacanagem. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/ana-carolina/832783/>. Declamada na íntegra pela cantora Ana Carolina. Acesso 25 nov. 2016.

Necessário se acreditar que é viável a construção de uma sociedade com mais participação, liberdade e transparência, onde as pessoas saibam e possam gerir seu destino, que conheçam e possam usufruir dos seus direitos, assim como cumprir seus deveres. Que tenha as condições para vivenciar a dignidade e em sociedade praticar o respeito aos direitos humanos.

Para que esta realidade se concretize, importante eliminar o maior dos obstáculos. Obstáculo este que se encontra presente em quase todas as instituições com maior ou menor intensidade, mas que corrompe as pessoas, as instituições e as ideias. Ou seja, viola a sociedade como um todo. Em sendo assim, não há como não afirmar que a corrupção é a mais grave das violações aos direitos humanos, pois ela perpassa todos os setores da vida social. Ela se apresenta como a mais perversa das maldades, pois retira ou diminui as condições do Poder Público viabilizar políticas públicas para garantir a dignidade humana.

Referência das fontes citadas

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

ANDRADE, Thiago Xavier de. Entendendo a corrupção no Brasil. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, n. 1.113. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2865>. Acesso em: 20 nov. 2016.

AVRITZER, Leonardo, et al. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

BOJANIC, Alan. Uol Notícias. Fome no mundo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/05/06/enquanto-milhoes-passam-fome-13-bi-de-toneladas-de-comida-e-desperdicado.htm>. Acesso 20 nov. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Emenda constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc16.htm#art8
2. Acesso 21 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF libera parte do acórdão com resumo do julgamento do mensalão. Disponível em: <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100467051/stf-libera-parte-do-acordao-com-resumo-do-julgamento-do-mensalao>. Acesso 21 nov. 2016.

COSTA, Marcos. *A história do Brasil para quem tem pressa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Valentina, 2017.

DEMARCHI, Clovis. *Direito e Educação: a regulação da Educação Superior no Contexto transnacional*. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

FERREIRA, Mariana Carnaes. O clientelismo e os cargos comissionados: impacto na eficiência da administração pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14137&revista_caderno=4. Acesso 20 nov. 2016.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLYNN, Peter; KOBRIN, Stephen; NAÍM, Moisés. A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 27.

GUARESCHI, Pedrinho. *Sociologia Crítica: Alternativas de mudança*. 57 ed. Porto Alegre: Mundo jovem, 2005.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

HENKIN, Louis. *The rights of man today*. New York: Columbia University Press, 1988.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*. 5 ed. Roma: Bompiani, 1897.

LUCINDA, Elisa. Só de sacanagem. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/ana-carolina/832783/>. Declamada na íntegra pela cantora Ana Carolina. Acesso 25 nov. 2016.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. O círculo vicioso da Corrupção. In: LEITE, Celso Barroso Leite *et al.* (Org.). *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1987.

O ESTADO. Operação lava jato. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/politica/operacao-lava-jato/?nucleo=&situacao=&partido=>. Acesso 20 nov. 2016.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Alessandra Moraes. A corrupção como elemento violador dos direitos humanos no cenário internacional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1615>. Acesso em: 21 nov. 2016.

SOBERANIA COMO RESPONSABILIDADE

Wladimir Brito*

1. O debate sobre a responsabilidade de proteger convoca de imediato à discussão a questão da soberania, na exacta medida em que, com recurso ao disposto no artigo 2.º da Carta das Nações Unidas e, também, na Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às Relações Pacíficas, de 1970¹, ela tem sido invocada, desde 1945, como limite intransponível de qualquer intervenção internacional. Com base nesses fundamentos legais, e ainda no de que a não intervenção tem como objectivo proteger os Estados mais fracos dos Estados mais fortes, a soberania tem constituído para muitos Estados não só o escudo conceitual e legal para proteger os Estados das intervenções externas como também como o ecrã ocultador das mais atrozes violações dos direitos fundamentais da pessoa humana e da prática de crimes contra as suas populações. Poder-se-á dizer que o clássico conceito de soberania, mesmo na sua versão mais moderada e relativizada, tem sido utilizado como instrumento de crime por certos Estados. Esse conceito passou a ser um conceito assassino que assegura aos Estados a faculdade de agir, com a mais despidorada impunidade, contra as suas próprias populações ou contra estrangeiros que residem ou transitam pelos seus territórios.

Acontece que desde 1945, e até mesmo, após os anos 70 do século passado, a sociedade internacional sofreu profundas transformações que obrigam a repensar o conceito de soberania e as formas como deve ser exercida interna e internacionalmente. Hoje, sem margens para dúvidas a soberania não pode continuar a ser pensada da forma como o foi até a elaboração da Carta das Nações Unidas, na exacta medida em que a comunidade internacional tomou consciência de que não é mais possível, nem admissível que os Estados possam com fundamento na soberania e no seu domínio reservado cometer atrocidades contra as suas populações. Na verdade, hoje entende-se que os Estados, exactamente

* Professor Catedrático na Escola de Direito da Universidade do Minho

¹ De acordo com essa Declaração *"No state or group of states has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other state. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the state or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law"*.

porque são soberanos, têm o dever de proteger as suas populações de crimes de guerra, genocídio e de outros crimes ou atrocidades e de evitar sofrimentos que lhes possam ser causados quer pela prática desses crimes quer pelas catástrofes causadas por acção humana. Mais. Hoje imputa-se ao Estado, exactamente por ser soberano, a responsabilidade pela segurança humana das suas populações, o que lhes impõe o dever de assegurar standards mínimos de protecção na saúde, de serviços de educação, de justiça, de promover de forma sustentada a erradicação da pobreza, o desenvolvimento social, por serem pré condições indispensáveis para a paz.

É essa consciência da necessidade de um novo entendimento da soberania que Kofi Annan sintetizou quando disse que *“State sovereignty, in its most basic sense, is being redefined – not least by the forces of globalization and international cooperation. States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa. At the same time individual sovereignty – by which I mean the fundamental freedom of each individual, enshrined in the Charter of the UN and subsequent international treaties – has been enhanced by a renewed and spreading consciousness of human rights. When we read the Charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them”*², abrindo com esta síntese, caminho para a emergência da ideia da soberania como responsabilidade. Contudo, e em bom rigor, a doutrina do tiranicídio defendida desde a Idade Média é já o prenúncio da ideia de soberania como responsabilidade, na exacta medida em que dessa doutrina, como se sabe, defendida, entre outros,

² Kofi Annan, The Concept of Sovereignty, in The Economist, 18 de Setembro de 1999, p. 49/50.

por João de Salisbury³, S.Tomás de Aquino⁴ e Guilherme de Occam⁵, decorre que o monarca tem o dever de governar sempre em benefício do seu povo (*salus rei publicae/reipublicae utilitatem*) e nunca contra os direitos destes e, ainda, que deve o povo intervir no poder soberano do monarca, para o destituir com vista a pôr fim às atrocidades do tirano, quer pela via da resistência, como defende São Tomas, quer pela via da revolta como advoga João de Salisbury. Esta ideia na sua versão moderna e iluminista, é certo, foi assumida, por Thomas Jefferson e consagrada na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América do Norte⁶.

Mas, a questão da mudança de paradigma relativamente ao problema da soberania, começa a verificar-se ainda no período da acesa discussão sobre a

³ João de Salisbury, na sua obra maior, *Policraticus sive de nugis curialium et vestigis philosophorum*, conhecida vulgarmente por *Policratius*, defendia, ao contrário da corrente patrística dominante na alta Idade Média, em que militava, entre outros, por Isidoro de Sevilha, segundo a qual o tirano era a manifestação do merecido castigo divino contra os súbditos, que por isso não tinham o direito de o depor, a responsabilidade do monarca pela busca do bem comum da *res publica* (*salus rei publicae/reipublicae utilitatem*). O tirano, não é para este autor um castigo divino, mas sim o maior dos crimes públicos, que o direito condena. Por isso, é legítimo o tiranicídio, sendo até um dever a deposição do tirano. Para maior desenvolvimento veja-se, entre outros, Andrés Barcala Muñoz, in *História de la Teoría Política*, Vol. 1, Ed. Fernando Vallespin (Ed.), Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 289 e segs, Alain Caillé, Christian Lazzari e Michel Senellart, *História Crítica da Filosofia Moral e Política*, Ed. Verbo, Lisboa, 2003, p. 169 e segs. e Lambros Couloubaritsis, *A Tradição Cristã: Dos Evangelhos a São Tomás de Aquino*, in *História da Filosofia Política*, Vol 1., A Liberdade dos Antigos, Ed. Instituto Piaget, Lisboa, 2001, p. 386 e segs.

⁴ S. Tomás de Aquino, que advoga, embora de forma menos radical do que João e Salisbury, não o tiranicídio, mas sim a resistência contra o tirano entendendo que a luta contra este não pode ser considerada sedição. Para S. Tomás, o sedicioso é o tirano que usa o poder no seu próprio interesse e contra o bem comum. Cfr. *Summa Theologica*, I da II, Quaestio 96, art. 4.: 2.^a da 2.^a, Quaestio 42, art. 2 ad 3 e Quaestio 104, art. 6 ad 3. Cfr. ainda Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Ed. Arménio Amado, Coimbra, 1955, p. 75 e segs.

⁵ Ockam defende que os súbditos têm o direito de julgar o poder e que o reino pode entender ser absolutamente necessário destituir o rei ou, até mesmo, prende-lo sempre que governe contra o bem comum. Cfr. *Octo Quaestiones de Potestate Papae*, II, 8, in *Opera Política*. Para maior desenvolvimento, veja-se, entre outros, Jurgen Miethke, *A Teoria Política de Guilherme de Ockam*, in Alain Renault (Direcção), *História da Filosofia Política*, Vol 2. *Nascimento da Modernidade*, Ed. Instituto Piaget, Lisboa, 2002, p. 73 e segs.

⁶ Na verdade, nessa Declaração da Independência, diz-se que “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights, that among these are Life, Liberty and Happiness –That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed – That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or abolish it, and to institute new Government (...) When a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object, evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security (...)” Pode ver-se o texto integral da Declaração da Independência em *The Declaration of Independence of América and Other Great Documents of American History 1775-1865*, Edited by John Grafton, Dover Publications, Inc. New York, 2000, p. 6 e segs.

intervenção humanitária, e com a opinião expressa, em 1992, por Boutros Boutros-Ghali, então Secretario Geral da ONU, na Agenda for Peace, quando aí escreve que *"the time of absolute and exclusive sovereignty . . . has passed," that "its theory was never matched by reality"*⁷, para de seguida desafiar a comunidade internacional a repensar o conceito no contexto global⁸ e sublinha que os direitos dos povos e dos indivíduos são uma dimensão da soberania universal que é detida ou que reside em toda a humanidade. A este desafio, diríamos, responde Kofi Annan com repetidos apelos à comunidade internacional para encontrar um fundamento comum para agir em defesa da nossa humanidade comum (*common humanity*), e para redefinir o conceito de soberania, acabando por, no Millemium Report to General Assembly em 2000, perguntar à comunidade internacional *"if humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda and a Srebrenica – to gross nd systematic violatians af human rights that offend every precept of our common humanity?"*⁹. A esta questão, que em última análise, também perguntava pela necessidade de repensar e de reformular o conceito de soberania, por forma a compatibiliza-la com a protecção das populações vítimas de atrocidades cometidas no quadro de conflitos, nomeadamente intraestatais ou de catástrofes causadas pelo homem ou pela natureza, respondeu o Ministro dos Negócios Estrangeiros do Canadá, Lloyd Axworthy, criando uma Comissão Internacional com a tarefa de *"wrestle with the whole range of questions – legal, moral, operational and political – rolled up in this debate, to consult with the widest possible range of opinion around the world, and to bring back a report that would help the secretary-general and everyone else find some new common ground"*¹⁰, comissão que, em 2000, apresentou o já célebre Relatório

⁷ Cfr. Boutros Boutros-Ghali, An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping, Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, n.º 17 do Ponto I - The changing context, p. 9. Pode ver-se em <http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>.

⁸ Diz Boutros Boutros-Ghali que *"a major intellectual requirement of our time is to rethink the question of sovereignty - not to weaken its essence, which is crucial to international security and cooperation, but to recognize that it may take more than one form and perform more than one function. This perception could help solve problems both within and among states. And underlying the rights of the individual and the rights of peoples is a dimension of universal sovereignty that resides in all humanity and provides all peoples with legitimate involvement in issues affecting the world as a whole (...)"* Cfr. Empowering the United Nations, in Foreign Affairs, Vol. 71, 1992/1993, p. 99.

⁹ Kofi Annan, "We the People: The Role of United Nations in the 21st Century, in UN Millenium Report to the General Assembly (United Nations, 2000). Cfr. em www.un.org/millennium/sg/report/full.htm.

¹⁰ In Gareth Evans, The Responsibility to Protect, Brookings Institution Press, Washington DC, 2000, p. 38.

intitulado Responsibility to Protect no qual se procura, como dizem os seus autores, reconciliar intervenções para protecção humana com a soberania dos Estados e estabelecer um *consensus* “on how to move from polemics - and often paralysis - toward action within the international system, particularly through the United Nations”¹¹.

Este relatório vem de certo modo consagrar o conceito de soberania como responsabilidade – *sovereignty as responsibility* – , que a doutrina tinha vindo a elaborar e a reclamar, na sequência das preocupações de Boutros Boutros-Ghali, de Kofi Annan, e das violações dos mais elementares direitos da pessoa humana cometidos por forças armadas e ou por milícia e forças para-militares em diversos países sem a pronta e decisiva intervenção da comunidade internacional em defesa das vítimas.

2. Na verdade, a doutrina internacional tem procurado encontrar um critério de compatibilização da soberania nacional com a necessidade de acções da comunidade internacional que visem proteger e assegurar um *standart* mínimo de sobrevivência às populações em risco, tendo até em conta que com o fim da Guerra Fria verificou-se um tendencial universalização do *consensus* sobre a universalidade de, pelos menos, valores humanitários relativos ao dever de assegurar a dignidade da pessoa humana e dos povos, a sobrevivência e à protecção contra atrocidades e catástrofes naturais ou intencionalmente provocadas pelos homens, de que vem resultando, como diria David Sheffer “*a new standart for human misery...*”. Nesse quadro, que representa uma radical mudança do paradigma dominante sobre a soberania, começa-se a entender que já não basta que esta se assuma como era classicamente entendida, como poder supremo e ilimitado do Estado – *a alma do Estado*, como diria Hobbes, no Leviatã –, ou, até mesmo, na sua versão mais relativizada, como poder supremo, mas não absoluto nem ilimitado, do Estado, pelo Direito Internacional que lhe confere autonomia, plenitude e exclusividade de competências, mas sim como *poder-dever* dos Estados que, conseqüentemente, lhes impõe obrigações quer para com a comunidade internacional, quer para com as populações que vivem no seus territórios.

Agora, a partir dos meados dos anos 90, em especial, o que preocupa a doutrina já não são tanto os direitos soberanos dos Estados, mas sim os deveres e as responsabilidades que decorrem do exercício da soberania, não só para os Estados,

¹¹ Cfr Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, Canada, December 2001, p. 2.

enquanto entes colectivos, como também para os titulares dos poderes soberanos; o que também preocupa a doutrina já não é exclusivamente a prestação de contas pelos titulares do poderes soberanos *in foro domestico*, mas os limites do exercício desse poder, a responsabilidade e a *accountability* perante a comunidade internacional. Essa preocupação convoca uma outra que é a de saber se é legítima a soberania e o exercício do poder soberano sem responsabilidade internacional e sem *accountability* interna e internacional. Essa nova forma de entender a soberania leva a doutrina a defender que a compatibilização da soberania com a necessidade de acções internacionais protectoras e de assistência às vítimas implica que se tenha de afirmar a responsabilidade do poder soberano, a *accountability*, por esse poder e também a legitimidade do seu exercício, atributos estes que oferecem uma nova ideia de soberania e contribuem para a mudança do paradigma clássico até então dominante sobre a natureza e o sentido do poder soberano e que reclama agora a sua integração na ordem jurídica internacional em articulação com demais princípios dessa ordem¹². Vale isto dizer que actualmente a legitimidade da soberania reclama a sua responsabilidade e a “*accountability*” pelo exercício do poder soberano, quer interna quer internacionalmente, ou, dito de outro modo e noutro idioma, “*to be legitimate, sovereignty must demonstrate responsibility*” e “*accountability to the domestic and external constituencies*”¹³.

De certo modo, o novo modo de pensar a soberania e o seu exercício, interna e externamente, amplia, projectando para a esfera internacional, a aquela concepção medieval que, *in foro domestico*, reconhecia ao povo o direito de resistência ou de regicídio, sempre que o poder soberano do monarca não fosse por este exercício, lembre-se, em benefício do seu povo (*salus rei publicae/reipublicae utilitatem*), por se entender que o monarca não só tem o dever de governar sempre com respeito pelos – nunca contra os – direitos do seu povo, como a responsabilidade pela sua felicidade. Este é o *munus* do príncipe, “ministro do interesse público” e “escravo

¹² Nesse sentido dizem Francis M. Deng, Sakdikel Kimaro, Terrence Lyons, Donald Rothchild e William Zrartmam que “*However is also recognized that sovereignty carries with it certain responsibilities for which governments must be held accountable. And they are accountable not only to their national constituencies but ultimately to the international community. In other words, by effectively discharging its responsibilities for good governance, a state can legitimately claim protection for its national sovereignty*”. In *Sovereignty as Responsibility*, Ed. The Brookings Institution, Washington, D.C., 1996, p. 1.

¹³ Francis M. Deng, Sakdikel Kimaro, Terrence Lyons, Donald Rothchild e William Zrartmam, *Sovereignty as Responsibility*, Ed. The Brookings Institution, Washington, D.C., 1996, p. 27.

da equidade”, como diria João de Salisbury, que o vincula à lei natural (*legis nexus*), que lhe impõe esse dever e essa responsabilidade¹⁴.

3. Agora essa responsabilidade já não é reclamada exclusivamente pelo “súbditos dos novos príncipes”, que são os Estados modernos e aqueles que neles detêm e exercem os poderes soberanos, mas também pela comunidade internacional, que deles exige sua *legis nexus* interna e internacional. A comunidade internacional reclama responsabilidade da soberania e do exercício do poder soberano, exactamente porque entende que, como muito certamente disse Kofi Annan “*sovereignty implies responsibility, not just power*”¹⁵. É o conceito da soberania como responsabilidade que se afirma.

Mas, o que quer significar esse novo entendimento da soberania ou, se se quiser, a soberania como responsabilidade? Antes de mais quer significar que a soberania e o exercício do poder soberano constituem os detentores do poder na responsabilidade de garantir a protecção, a segurança, a vida, bem como o bem-estar dos cidadãos; de seguida, significa que os detentores do poder são responsáveis internacionalmente pelo respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos que vivem no território do Estado ou que por aí transitam, a quem devem assegurar um *standart* mínimo de direitos; finalmente, significa que são responsáveis, interna e internacionalmente, pelas suas acções ou omissões no exercício desses poderes e deverão prestar contas quer interna quer internacionalmente pela forma como exerceram o poder soberano.

Decorre deste entendimento que a soberania não pode mais ser invocada para, garantir que, no domínio reservado dos Estados, sejam cometidos crimes e atrocidades contra as populações e graves violações dos direitos humanos, perante a passividade da comunidade internacional. Sendo certo que quer o conceito clássico quer o novo entendimento da soberania contém a ideia da

¹⁴ Em sentido próximo, Alex J. Bellamy diz que “*Historically, sovereignty has almost always entailed responsibility in one forme or another*”. Cfr Alex J. Bellamy, *Responsability to Protect*, Ed. Polity Press, Cambridge, 2009, p. 33.

¹⁵ Cfr. Kofi Annan, in *Interventions*, na Ditchley Foundation., Lecture XXXV, feita em 26 de Junho de 1998. Nessa intervenção, e na parte que agora, nos interesse, disse o exer. Secretário-Geral da ONU que “*In reality, this “old orthodoxy” was never absolute. The Charter, after all, was issued in the name of “the peoples”, not the governments, of the United Nations. Its aim is not only to preserve international peace - vitally important though that is - but also to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person. The Charter protects the sovereignty of peoples. It was never meant as a licence for governments to trample on human rights and human dignity. Sovereignty implies responsibility, not just power*”. Cfr. Kofi Annan, *Intervention*, Ditchley Foundation, em <http://www.ditchley.co.uk/page/173/lecture-xxxv.htm> (consulta feita em 2010-11-24).

responsabilidade dos poderes públicos soberanos, o certo é que, ao contrário da clássica concepção de soberania, que entendia que a responsabilidade soberana perante o povo consistia em garantir, no quadro da relação horizontal inter-estatal, a independência e o exercício autónomo, exclusivo e pleno das competências estatais, não se aceitando em nenhuma circunstância, intervenções externas, agora, o novo entendimento de soberania como responsabilidade vai mais longe para, sem postergar aquele entendimento clássico e no quadro das relações verticais entre o Estado e a sociedade civil, defender que essa responsabilidade relativiza aquelas dimensões do exercício de competências, e visa, essencialmente, proteger os (e garantir o respeito pelos) direitos humanos, bem como criar e manter as condições indispensáveis para garantir a segurança humana.

Nessa nova concepção de soberania e de exercício dos poderes soberanos, são os titulares desses poderes e aqueles que os apoiam os responsáveis por actos ou omissões de que resultem graves e intoleráveis violações dos direitos humanos ou a prática de atrocidades ou de crimes internacionais e aceita-se que a prática desses crimes e atrocidades e/ou condutas reiteradamente atentatórias da subsistência do *standart* mínimo da segurança humana, torna admissível a intervenção colectiva da comunidade internacional, no seu todo, em defesa das vítimas. Essa intervenção, em primeira linha, deve ser requerida e aceite pelo Estado, sempre que este se sinta incapaz de assegurar a protecção do direito à vida, de socorrer as vítimas e de garantir o *standart* mínimo de segurança humana¹⁶, mas poderá, como último recurso, ser feita sem ou contra a vontade do Estado, sempre que seja ele a promover, apoiar ou até a praticar a maciça violação dos direitos fundamentais da pessoa humana (dos seus cidadãos) e a promover atrocidades, recusando-se a conceder protecção às vítimas¹⁷.

A soberania como responsabilidade, como muito bem defende Kofi Annan¹⁸, não torna menos relevante a clássica soberania, que, como se sabe se preocupava mais com a protecção do Estado e do seu território e com a segurança militar do que com a protecção das pessoas e dos direitos humanos, numa palavra, com a segurança humana, mas compatibiliza essa soberania westphaliana com a

¹⁶ No mesmo sentido veja-se Roberta Cohen e Francis Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Ed. Brooking Institution, Washington D.C. , 1998.

¹⁷ Roberta Cohen e Francis Deng entendem que nesses casos há suspensão da soberania. Cfr. Roberta Cohen e Francis Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Ed. Brooking Institution, Washington D.C. , 1998.

¹⁸ Kofi Annan, *Two Concept of Sovereignty*, in *The Economist* de 18 de Setembro, 1999, p^a 49/50.

protecção do indivíduo e dos povos – com os direitos humanos e humanitário – e com a segurança humana. A soberania como responsabilidade também abre a possibilidade de a soberania ser constituída em escudo protector, interna e internacionalmente, de violações de direitos humanos e humanitário e de obrigações internacionais. Com a introdução desse novo conceito de soberania, diz-nos Thomas G. Weiss *“the older version of the role of law of states is being tempered by the rule of law of individual. A broader concept of sovereignty, encompassing both the rights and responsibilities of states, is more widely advocated now than even a decade ago.”*¹⁹

Esclarecido o entendimento de soberania responsável, podemos dizer resumidamente, em primeiro lugar, que mesmo com o novo entendimento de soberania esta continua a ser o conceito central do direito e das relações internacionais e, de seguida, que com esse novo conceito a comunidade internacional começa a aceitar a ideia segundo a qual *“State sovereignty implies responsibility, and the primary responsibility for the protection of its people lies with the state itself”*²⁰. Essa responsabilidade é exactamente a de proteger.

Mas, para ser exigida aos Estados, a responsabilidade de proteger terá de implicar a ideia da centralidade do Estado no quadro das relações internacionais, qualquer que seja o modo como se entende que ela deve exercer o seu papel²¹, e de convocar necessariamente a ideia de segurança, que agora não pode ser exclusivamente militar, mas terá de ser como seu objectivo ou fim fundamental uma segurança de tipo diferente. Trata-se da segurança humana.

¹⁹ Thomas G. Weiss, *Humanitarian Intervention*, Ed. Polity, Press, Malden, Ma, 2007, p. 22. Veja ainda nesta obra – p. 12 e segs. – os vários entendimentos do conceito de soberania.

²⁰ Cfr. *Responsability to Protect*, Report of the International Commission on International and State Sovereignty, Canada, December 2001, p. XI.

²¹ Essa centralidade é aceite pela generalidade das teorias das relações internacionais, incluindo as teorias críticas, construtivistas e pós-modernas, mesmo quanto fazem a crítica do Estado e do seu papel na sociedade internacional. Sobre essas teorias veja-se, entre outros, Alexander Wendt (1992). *Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics*. *International Organization*, 46, pp 391-425, Linklater, *The Transformation of Political Community* Ed. University of South Carolina Press, 1998, Robert W. Cox, *Approaches to World Order*, Ed. Cambridge University Press, 1999, João Pontes Nogueira e Nizar Messari, *Teorias das Relações Internacionais*, Ed. Campus, S. Paulo, 2005.

GOVERNANÇA, CORRUPÇÃO E DIREITOS HUMANOS

*Patrícia Jerónimo**

1. Introdução

A relação entre os termos que figuram no título deste trabalho tem vindo a ser sublinhada por organismos internacionais de âmbito mundial e regional nas duas últimas décadas, não apenas para chamar a atenção para as implicações de uns sobre os outros, mas também para defender a adoção de estratégias concertadas entre a promoção da boa governança, a luta contra a corrupção e a defesa dos direitos humanos. Não parece haver dúvidas de que a boa governança é essencial à satisfação de todos os direitos humanos¹ e de que a corrupção – exemplo acabado de má governança – inevitavelmente prejudica, de forma mais ou menos direta, o gozo de direitos humanos, sejam direitos económicos, sociais e culturais ou direitos civis e políticos. No seu relatório sobre o impacto negativo da corrupção para o gozo de direitos humanos, de 2015, em que defendeu a adoção de uma perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção, o Comité Consultivo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas fez a síntese das sinergias desejáveis entre

* Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Diretora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho.

¹ Nesse sentido se pronunciou, por exemplo, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no seu Comentário Geral n.º 12 sobre o direito a alimentação adequada. “Good governance is essential to the realization of all human rights, including the elimination of poverty and ensuring a satisfactory livelihood for all”. CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), de 12 de maio de 1999, § 23, disponível em <http://www.refworld.org/docid/4538838c11.html> [22.06.2017]. O papel da boa governança na promoção e na proteção dos direitos humanos tem, de resto, vindo a ser sublinhado em sucessivas resoluções da Comissão de Direitos Humanos e (extinta esta) do Conselho de Direitos Humanos, desde 2000. Uma observação feita na primeira resolução e reiterada nas demais (com pequenas variações de redação) é a de que a boa governança, fundada em formas de governo transparentes, responsáveis, participativas e atentas às necessidades das populações, é condição indispensável para a promoção dos direitos humanos. “Recognizes that transparent, responsible, accountable and participatory government, responsive to the needs and aspirations of the people, is the foundation on which good governance rests, and that such a foundation is a sine qua non for the promotion of human rights”. Commission on Human Rights Resolution 2000/64 – The role of good governance in the promotion of human rights, de 26 de abril de 2000, disponível em <http://www.refworld.org/docid/3b00f28414.html> [22.06.2017].

os três termos do seguinte modo: através da promoção dos elementos necessários à boa governança (tais como direitos civis e políticos, transparência e responsabilização), as iniciativas a favor dos direitos humanos e contra a corrupção podem reforçar-se mutuamente².

A adoção de uma perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção, recomendada pelo Comité Consultivo neste relatório, inscreve-se numa já longa linha de propostas, feitas em diversos *fora* e por vários atores (académicos, ativistas, decisores políticos, etc.), no sentido de reconhecer as semelhanças e os pontos de contacto entre diferentes debates e iniciativas nos domínios da ajuda ao desenvolvimento, do combate à corrupção e da defesa dos direitos humanos, de modo a evitar desperdícios de recursos e a maximizar resultados. Emblemática desta tendência é a *Declaração Inter-regional sobre Corrupção e Direitos Humanos*, apresentada por Marrocos ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em nome de 132 Estados Membros, onde se chamou a atenção para a necessidade de aprofundar a reflexão sobre a estreita relação existente entre o combate à corrupção e o combate às violações de direitos humanos e se apelou aos movimentos de defesa dos direitos humanos e anticorrupção para que trabalhem juntos³.

Subjacente a estas propostas está sempre a ideia de que não tem havido verdadeira comunicação entre os diferentes debates e iniciativas. Os académicos, ativistas e decisores políticos a atuar no domínio dos direitos humanos ignoram o que está a ser feito pelos seus congéneres a trabalhar no domínio do combate à corrupção e vice-versa⁴. O mesmo tem sido dito a respeito do desencontro entre a

² “By promoting the necessary elements of good governance (such as civil and political rights, transparency, and accountability), human rights and anti-corruption efforts can be mutually reinforcing”. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, A/HRC/28/73, de 5 de janeiro de 2015, § 33; relatório disponível em <http://www.refworld.org/docid/550fef884.html> [21.06.2017].

³ *Cross-regional Statement by Morocco on “Corruption and Human Rights”*, 20.ª sessão do Conselho de Direitos Humanos, Genebra, 26 de junho de 2012, disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/GoodGovernance/Corruption/StatementHRAndAntiCorruption.pdf> [24.06.2017]. Um apelo de sentido semelhante é feito pelo Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) na sua página *web*, em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx> [24.06.2017].

⁴ “For too long, the anticorruption and human rights movements have been working in parallel rather than tackling these problems together”. *Cross-regional Statement by Morocco on “Corruption and Human Rights”*, *cit.* O ACNUDH havia já reconhecido, em 2007, que as ligações entre corrupção, medidas anticorrupção e direitos humanos estavam ainda, em larga medida, por explorar. Office of the

“comunidade dos direitos humanos” e a “comunidade da ajuda ao desenvolvimento” na resposta dada aos Objetivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM)⁵; um desencontro que, segundo Philip Alston, indicia o fracasso da retórica sobre a incorporação transversal (*mainstreaming*) dos direitos humanos nas políticas de apoio ao desenvolvimento⁶. As políticas de apoio ao desenvolvimento foram, por outro lado, durante muito tempo, definidas sem atentar na dimensão da governança, com resultados desastrosos⁷.

Hoje, praticamente todas as agências nacionais e internacionais de apoio ao desenvolvimento afirmam que a promoção da boa governança constitui uma dimensão importante dos seus planos de ação⁸. O que deva entender-se por boa governança é menos claro, como teremos oportunidade de discutir *infra*, mas a prática das Nações Unidas e da União Europeia, desde o início da década de 1990, tem sido a de incluir no conceito “coisas boas” como democracia e direitos

United Nations High Commissioner for Human Rights, *Good Governance Practices for the Protection of Human Rights*, 2007, p. 2, disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance.pdf> [19.06.2017]. Entre os motivos apontados na doutrina para este desencontro estão o facto de o impulso inicial para o combate à corrupção ter partido do Banco Mundial e a circunstância de, durante as décadas de 1960 e 1970, o combate à corrupção não ter sido uma prioridade, já que, em muitos círculos, a corrupção era vista como necessária e até benéfica ao crescimento económico em países em vias de desenvolvimento. Cf. JAMES THUO GATHII, “Defining the relationship between human rights and corruption”, in *Journal of International Law*, vol. 31, n.º 1, 2009, pp. 127 e 130-137. Cf. ainda HUN JOON KIM e J. C. SHARMAN, “Accounts and accountability: Corruption, human rights, and individual accountability norms”, in *International Organization*, vol. 68, 2014, p. 418.

⁵ Apesar de, como nota Philip Alston, não faltarem chamadas de atenção para a importância de assegurar que o cumprimento dos ODM é prosseguido de forma sensível aos direitos humanos (“in a human rights sensitive manner”) e para a importância de usar normas e técnicas de direitos humanos na promoção dos ODM. Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night: The current state of the human rights and development debate seen through the lens of the Millennium Development Goals”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n.º 3, 2005, pp. 755-757.

⁶ Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 757. O autor apela, por isso, à “comunidade dos direitos humanos” para que se envolva de forma mais efetiva nas iniciativas relacionadas com os ODM e, de um modo geral, na *agenda* do apoio ao desenvolvimento.

⁷ *Seminar on Good Governance Practices for the Promotion of Human Rights, Seoul, 15-16 September 2004: Background Note*, HR/SEL/GG/SEM/2004/BP.2, § 3, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/issues/development/governance/compilation/docs/backgroundnote.pdf> [22.06.2017].

⁸ Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept, and why this matters for development policy”, *WIDER Working Paper*, n.º 2012/30, 2012, disponível em <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/81039/1/688432662.pdf> [19.06.2017]. Segundo a autora, a boa governança tornou-se um *mantra* para as agências de apoio ao desenvolvimento e para os países doadores depois de, em 1989, o Banco Mundial ter declarado que os problemas de desenvolvimento verificados em África tinham subjacente uma crise de governança (p. 1). Cf. também JAMES THUO GATHII, “Defining the relationship between human rights and corruption”, *op. cit.*, p. 143.

humanos⁹. A partir de 2003, com a nomeação de um relator especial das Nações Unidas sobre o impacto da corrupção para o pleno gozo dos direitos humanos (Christy Mbonu)¹⁰, a promoção da boa governança e do respeito pelos direitos humanos passou a ser explicitamente associada ao combate à corrupção. No primeiro estudo que apresentou, Mbonu equiparou corrupção e má governança, observando que uma das soluções para a corrupção a nível nacional passa pela assunção por parte dos líderes políticos do compromisso com a boa governança e com a democracia¹¹. Pouco tempo depois, a Comissão de Direitos Humanos, na sua Resolução 2004/70, de 21 de abril de 2004, sobre o papel da boa governança para a proteção dos direitos humanos, referiu-se ao combate à corrupção nos sectores público e privado como um dos elementos essenciais da boa governança¹². As ligações entre boa governança, direitos humanos e combate à corrupção foram ainda vincadas pela conferência das Nações Unidas que o ACNUDH organizou em Varsóvia, em 2006 – intitulada, precisamente, Anticorrupção, Boa Governança e

⁹ Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, pp. 10-12 e 21. O que tem suscitado críticas, sobretudo nos países beneficiários da ajuda ao desenvolvimento, onde a associação entre boa governança, democracia e direitos humanos é vista como uma imposição de valores ocidentais (p. 1). Para uma ilustração desta crítica, cf. BALAKRISHNAN RAJAGOPAL, “Corruption, legitimacy and human rights: The dialectic of the relationship”, in *Connecticut Journal of International Law*, vol. 14, 1999, pp. 496 e 502-506.

¹⁰ A nomeação foi feita pela Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e posteriormente secundada pela Comissão de Direitos Humanos. O mandato terminou em 2006, quando a Subcomissão foi substituída pelo Comité Consultivo. Durante o seu mandato, Christy Mbonu preparou um estudo sobre corrupção e o seu impacto para o pleno gozo dos direitos humanos, em particular os direitos económicos, sociais e culturais (*Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights: Working paper submitted by Ms. Christy Mbonu in accordance with Sub-Commission decision 2002/106*, de 14 de maio de 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/18), bem como um relatório preliminar (de 7 de julho de 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/23) e um relatório de progresso (de 22 de junho de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/18) sobre o mesmo tema e com títulos semelhantes. Informação e textos disponíveis em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/FormerSRCorruption.aspx> [23.06.2017].

¹¹ *Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights: Working paper submitted by Ms. Christy Mbonu in accordance with Sub-Commission decision 2002/106, cit.*, §§ 10 e 21.

¹² *Commission on Human Rights Resolution 2004/70 – The role of good governance in the promotion of human rights*, de 21 de abril de 2004, § 6, disponível em <http://www.refworld.org/docid/43f313850.html> [23.06.2017]. Desde então, as resoluções da Comissão e do Conselho de Direitos Humanos sobre este tema têm incluído sempre referências ao combate à corrupção como parte integrante da promoção da boa governança e do contributo desta para o respeito e a defesa dos direitos humanos.

Direitos Humanos¹³ – e passaram a ser tema recorrente de estudos¹⁴ e de encontros científicos internacionais¹⁵.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003¹⁶, não faz a ligação entre os três termos de forma explícita, diversamente do que se passa com a Convenção Penal sobre a Corrupção, de 1999, adotada no quadro do Conselho da Europa, em cujo preâmbulo se pode ler que “a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de [D]ireito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios de boa administração [*good governance*, no original inglês], de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar [a] estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade”¹⁷. Não tem faltado, porém, quem encontre na Convenção das Nações Unidas reflexos dos princípios fundamentais da boa governança e dos padrões internacionais de direitos humanos¹⁸. O exercício, de resto, não é difícil. Basta atentar nas referências feitas, no texto preambular e ao longo do articulado [artigos 1.º, alínea c), 5.º, n.º 1, 7.º, 8.º, n.º 1, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, n.º 2, 13.º, 30.º, n.º 4], ao Estado de Direito, às instituições democráticas, à boa gestão dos assuntos e bens públicos, à responsabilidade, à integridade, à transparência, à participação da sociedade, ao acesso do público à informação, à liberdade de procurar, receber, publicar e difundir informação, à justiça, ao respeito pelas garantias processuais e à igualdade perante a lei. Para além disso, como nota James Thuo Gathii, a Convenção impõe

¹³ *United Nations Conference on Anticorruption, Good Governance and Human Rights*, de 8 e 9 de novembro de 2006. Informação disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/WarsawConference.aspx> [24.06.2017].

¹⁴ Cf. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Good Governance Practices for the Protection of Human Rights*, cit.; International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, 2009, disponível em http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf [19.06.2017].

¹⁵ Considere-se, por exemplo, a *International Conference on Anti-Corruption, Good Governance and Human Rights*, organizada pela World Academy of Science, Engineering and Technology, este ano na sua 19.ª edição. Informação disponível em <https://www.waset.org/conference/2017/06/venice/ICAGGHR> [24.06.2017].

¹⁶ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003. Na análise que se segue, acompanharemos a versão portuguesa do texto da Convenção, publicada na Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de setembro, que aprovou a Convenção para ratificação pelo Estado português.

¹⁷ A Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, foi assinada em Estrasburgo, a 30 de abril de 1999, e aprovada para ratificação pelo Estado português pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26 de outubro. Interpolação nossa.

¹⁸ Cf. United Nations Development Programme, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development*, 2004, pp. 7-8 e 26-29, disponível em [http://www.albacharia.ma/xmlui/bitstream/handle/123456789/30538/0284The_Impact_of_Corruption_on_the_Human_Rights_Based_Approach_to_Development\(2005\).r.pdf?sequence=1](http://www.albacharia.ma/xmlui/bitstream/handle/123456789/30538/0284The_Impact_of_Corruption_on_the_Human_Rights_Based_Approach_to_Development(2005).r.pdf?sequence=1) [19.06.2017].

aos Estados Partes obrigações importantes para o exercício da liberdade de expressão e do direito de acesso à informação, ao exigir a divulgação pública de informação sobre processos de adjudicação e contratos [artigo 9.º, n.º 1, alínea a)], a adoção de medidas que permitam ao público em geral obter informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de tomada de decisão da Administração Pública [artigo 10.º, alínea a)] e a incorporação, nos respetivos sistemas jurídicos internos, de medidas adequadas à proteção de quem preste informações às autoridades competentes (artigo 33.º)¹⁹.

Seja como for, o enfoque da Convenção das Nações Unidas é sobretudo de Direito Penal, como resulta evidente, desde logo, da total ausência de referências a instrumentos e a organismos internacionais de direitos humanos ao longo do seu texto²⁰. Esta ausência é precisamente um dos motivos subjacentes às propostas referidas no início deste trabalho sobre a adoção de uma perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção. Nas páginas que se seguem, propomo-nos discutir as vantagens e os limites destas propostas. Antes, porém, deter-nos-emos numa breve análise dos termos/conceitos que figuram no título deste trabalho e faremos um ponto de situação da avaliação dos custos da corrupção – enquanto forma particular de má governança – para a proteção dos direitos humanos, com base nos estudos desenvolvidos sobre o tema no plano internacional, sobretudo ao nível das Nações Unidas.

2. Breve enquadramento conceptual

Qualquer dos termos que figuram no título deste trabalho se presta a discussões potencialmente intermináveis sobre a respetiva definição e concretas manifestações, o que não deixa de ter consequências práticas importantes, como veremos. Nesta secção, pretendemos apenas dar conta de algumas dessas discussões e do modo como, tentativamente, os conceitos têm vindo a ser densificados em diversos *fora*, para que possamos saber, ao avançarmos para a

¹⁹ Cf. JAMES THUO GATHIL, “Defining the relationship between human rights and corruption”, *op. cit.*, pp. 150-151.

²⁰ E o mesmo pode dizer-se a respeito da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, apesar da referência aos direitos humanos no seu texto preambular, bem como dos demais instrumentos internacionais de âmbito mundial e regional sobre o combate à corrupção.

análise que constitui o cerne deste trabalho, do que falamos quando falamos em governança, em corrupção e em direitos humanos.

O termo *governança* exige, desde logo, uma explicação quanto à oportunidade do seu uso num texto publicado em língua portuguesa. Sabe-se que a palavra existe em língua portuguesa, não se tratando, portanto, como por vezes se presume, de um neologismo decalcado do inglês *governance*. No entanto, o seu sentido original, no Português antigo, era pejorativo e simplesmente sinónimo de governo, governação ou ato de governar, uma sinonímia que ainda hoje encontramos nos Dicionários de Língua Portuguesa, mas que não corresponde inteiramente ao significado que é dado ao termo nos debates políticos e académicos que constituem o objeto deste trabalho²¹. Repare-se que, como tivemos ocasião de apontar *supra*, a expressão inglesa *good governance* foi traduzida, na versão oficial portuguesa do texto da Convenção Penal sobre a Corrupção, como “princípios de boa administração”. Dir-se-á que o ideal será, então, usar esta expressão e não a arcaica – e certamente menos elegante – “governança”, mas este termo tem a suprema vantagem da concisão e beneficia já de suficiente tradição no discurso académico e político para legitimar o seu uso²², como fazemos aqui.

Dito isto, importa notar que, mesmo em língua inglesa, é relativamente recente o uso do termo *governança* no contexto dos debates políticos e académicos sobre apoio ao desenvolvimento, combate à corrupção e proteção dos direitos humanos²³. O Banco Mundial, a que frequentemente se atribui a responsabilidade pela

²¹ Segundo Cynthia Hewitt de Alcântara, a preferência das agências de apoio ao desenvolvimento pelo termo *governança*, em detrimento dos termos *governo* ou *governação*, não foi acidental. Na sua imprecisão, o termo *governança* tem a vantagem de não antagonizar os líderes políticos dos países beneficiários, que não costumam receber de bom grado recomendações feitas por doadores e financiadores sobre as suas formas de governo. Cf. CYNTHIA HEWITT DE ALCÁNTARA, “Uses and abuses of the concept of governance”, in *International Social Science Journal*, vol. 50, 1998, pp. 106-107. Em idêntico sentido, Philip Alston observa que os membros do que designa como a “comunidade da ajuda ao desenvolvimento” têm uma clara preferência por termos destituídos de um conteúdo normativo preciso – como *governança*, *equidade* e *dignidade* – por estes serem convenientemente abertos, contingentes e as mais das vezes subjetivos. Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 760.

²² Há já, de resto, Dicionários de Língua Portuguesa que somam à definição tradicional de *governança* um novo sentido, próximo daquele com que usamos o termo neste trabalho. É o que se passa, nomeadamente, com o Dicionário da Porto Editora, que define *governança* também como “forma de governar baseada no equilíbrio entre o Estado, a sociedade civil e o mercado, ao nível local, nacional e internacional” – ainda que restrinja este uso do termo ao contexto da União Europeia. Informação disponível no *site* Ciberdúvidas da Língua Portuguesa, em <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/governanca-e-governacao/32687> [25.06.2017].

²³ Cf. CYNTHIA HEWITT DE ALCÁNTARA, “Uses and abuses of the concept of governance”, *op. cit.*, p. 105.

generalização do termo a partir do final da década de 1980²⁴, definiu governança, em 1992, como o modo pelo qual o poder é exercido na administração dos recursos económicos e sociais disponíveis para o desenvolvimento do país²⁵, acrescentando que o conceito abrange três aspetos distintos – o regime político, os processos pelos quais a autoridade é exercida e a capacidade dos governos para conceber, formular e executar políticas e desempenhar as suas funções governativas²⁶. Outras versões foram sendo avançadas por relatórios do Banco Mundial ao longo dos anos. Diferentes organizações e agências internacionais (OCDE, FMI, PNUD, etc.) propuseram também as suas próprias definições, sem que se tenha ainda chegado a uma definição consensual²⁷. Podemos, de qualquer modo, dizer – acompanhando a análise feita por Rachel M. Gisselquist – que a maioria das definições propostas tem em comum três elementos: a governança é identificada com (1) o processo pelo qual (2) o poder é exercido para (3) a administração dos assuntos coletivos de uma comunidade²⁸. Entretanto, o uso do conceito, apesar de continuar a valer sobretudo para as comunidades estaduais, passou a abranger também outros níveis (família, aldeia, município, organizações internacionais de âmbito regional e mundial)²⁹ e áreas de interação humana (empresas, universidade, fundos marinhos, etc.)³⁰.

Não raro, o conceito de *governança* é usado alternadamente (e como equivalente) com o de *boa governança*, ainda que este tenha um carácter normativo que aquele, à

²⁴ Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, p. 1. O próprio Banco Mundial assume essa responsabilidade, no seu relatório de 1994 sobre o tema. Cf. The World Bank, *Governance: The World Bank’s Experience*, 1994, p. xiv, disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/pt/711471468765285964/pdf/multi0page.pdf> [18.06.2017].

²⁵ “[G]overnance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country’s economic and social resources for development”. Cf. The World Bank, *Governance and Development*, 1992, p. 1, disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf> [25.06.2017].

²⁶ “Governance, in general, has three distinct aspects: (a) the form of political regime (parliamentary or presidential, military or civilian, and authoritarian or democratic); (b) the processes by which authority is exercised in the management of a country’s economic and social resources; and (c) the capacity of governments to design, formulate, and implement policies, and, in general, to discharge government functions”. Cf. The World Bank, *Governance and Development*, *cit.*, p. 58.

²⁷ Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁸ Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁹ Na definição dada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em 2000, “Governance, including its social, political and economic dimensions, operates at every level of human enterprise, be it the household, village, municipality, nation, region or globe”. *Apud* RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁰ Cf. CYNTHIA HEWITT DE ALCÁNTARA, “Uses and abuses of the concept of governance”, *op. cit.*, p. 105; RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, p. 5.

partida, não terá³¹. Nos debates políticos e académicos sobre apoio ao desenvolvimento, combate à corrupção e proteção dos direitos humanos, é sobretudo de *boa governança* que se fala, como pode facilmente deduzir-se da exposição feita na secção anterior deste trabalho. O qualificativo *boa* não representa, no entanto, um ganho do ponto de vista da clareza conceptual, atenta a miríade de definições de boa governança avançadas por diferentes organismos internacionais nas últimas décadas³². Esta indeterminação conceptual afigura-se, aliás, mais consequente (e problemática) na prática, precisamente devido ao carácter normativo do conceito de boa governança e ao uso recorrente que do conceito é feito pelas agências financiadoras para justificar a decisão de prestar ou suspender ajuda ao desenvolvimento a determinados países³³. De qualquer modo, e à semelhança do que se passa para o conceito de governança, também aqui é possível identificar alguns elementos-chave, presentes na maioria das definições de boa governança: transparência e responsabilidade, eficiência e eficácia na administração pública, democracia e representatividade (participação, igualdade, inclusividade), Estado de Direito e respeito pelos direitos humanos³⁴. Outros tantos termos e conceitos suscetíveis, por seu turno, de diferentes concretizações, está bem

³¹ Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, p. 4.

³² Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, pp. 5-13 e 23-27.

³³ A grande “flexibilidade” com que o conceito é usado tem sido apresentada, em alguns meios, como uma vantagem, mas, mesmo aí, se reconhece que pode ser fonte de dificuldades na prática. *Seminar on Good Governance Practices for the Promotion of Human Rights, Seoul, 15-16 September 2004: Background Note, cit.*, § 1. Como observa Rachel M. Gisselquist, a falta de uma definição clara do que seja boa governança compromete a capacidade das agências de apoio ao desenvolvimento para medir e avaliar a qualidade da governança de forma fundamentada. “[G]ood governance as defined by donors is a poorly specified concept. This may sound like a purely academic critique, but is in fact directly relevant to development policy. [In] policy terms, the fact that good governance is such a poorly specified concept affects, for one, the ability of development agencies to defensibly measure and assess the quality of governance, one of the bases upon which aid may be conditioned. [While] donors purport to support governance reforms as a means of promoting development and purport to condition aid on the quality of governance, their fuzzy thinking on the concept of good governance affects their ability to do both”. Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, pp. 2 e 21, interpolação nossa.

³⁴ Rachel M. Gisselquist acrescenta ainda a esta lista: objetivos de desenvolvimento e um conjunto variado de medidas, programas e instituições políticos e económicos, como eleições, imprensa livre e proteção dos direitos de propriedade. Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, p. 8; também p. 10. No estudo preparatório do seminário sobre práticas de boa governança para a proteção dos direitos humanos, o ACNUDH elencou, para além dos elementos referidos em texto: parcerias entre diferentes atores; pluralismo político; legitimidade; acesso ao conhecimento, informação e educação; “empoderamento” político das pessoas; equidade; sustentabilidade; solidariedade e tolerância. *Seminar on Good Governance Practices for the Promotion of Human Rights, Seoul, 15-16 September 2004: Background Note, cit.*, § 1.

de ver³⁵. Para o que nos interessa neste trabalho, bastar-nos-á a definição adotada pelo ACNUDH, no estudo sobre práticas de boa governança para a proteção dos direitos humanos, de 2007: boa governança será, então, o exercício de autoridade através de processos políticos e institucionais caracterizados pela *transparência* e pela *responsabilidade* e aptos a incentivar a *participação* dos membros da comunidade³⁶.

O conceito de *corrupção* também conhece diversas definições concorrentes no plano internacional, ainda que possa dizer-se existir um razoável consenso em torno da definição minimalista proposta pela organização Transparency International, segundo a qual corrupção consiste no abuso de poder (confiado por outrem) para benefício privado – “abuse of entrusted power for private gain”³⁷. Esta definição foi criticada pelo Comité Consultivo do Conselho de Direitos Humanos, no seu relatório de 2015, por ser, simultaneamente, muito ampla (abrangendo condutas que não são incluídas nas definições de corrupção adotadas pelos Estados nas suas leis penais) e incompleta (ao deixar de fora comportamentos que devem ser tidos por corrupção, como será o caso do exercício de poder tomado por meios ilícitos)³⁸. O Comité não ofereceu, no entanto, uma definição alternativa, limitando-se a distinguir algumas categorias de corrupção – corrupção no setor público (levada a cabo por agentes do Estado, nos órgãos do poder executivo, legislativo e judicial), corrupção no setor privado (levada a cabo por atores privados, sobretudo empresas, junto de agentes do Estado e/ou de outros privados), corrupção a nível nacional e corrupção a nível internacional

³⁵ Para além de serem, eles próprios, suscetíveis de controvérsia quanto à sua definição, os elementos-chave presentes na maioria das definições de boa governança usadas pelas agências financiadoras não são fáceis de conciliar entre si em políticas coerentes de apoio ao desenvolvimento. Cf. RACHEL M. GISSELQUIST, “Good governance as a concept...”, *op. cit.*, pp. 14 e 21.

³⁶ “This publication defines good governance as the exercise of authority through political and institutional processes that are transparent and accountable, and encourage public participation”. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Good Governance Practices for the Protection of Human Rights*, cit., p. 2.

³⁷ *Apud Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 5. Cf. também International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 16. Semelhante é a definição usada pelo Programa Global Contra a Corrupção, das Nações Unidas, e secundada pela Comissão Europeia na sua Comunicação intitulada *Luta contra a Corrupção na UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junho de 2011 – traduzida para português como “abuso de poder em benefício pessoal”.

³⁸ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 5.

(envolvendo organizações internacionais, ONG e empresas transnacionais)³⁹. Noutra passagem do relatório, o Comité referiu ainda a distinção entre corrupção ativa e corrupção passiva (uma distinção que, no entanto, desvalorizou com o argumento de que, sob uma perspetiva de direitos humanos, centrada da vítima, nem sempre é fácil determinar se a vítima da corrupção tomou parte no ato corrupto de forma ativa ou passiva⁴⁰) e a distinção entre grande e pequena corrupção – a primeira tipicamente envolvendo chefes de Estado, ministros e altos cargos dirigentes da administração pública, bem como elevados valores patrimoniais, e a segunda (*petty corruption*) envolvendo funcionários públicos menos graduados e pequenas quantias de dinheiro⁴¹.

Os principais instrumentos jurídicos internacionais sobre a matéria também não oferecem uma definição de corrupção. É o que se passa com a Convenção contra a Corrupção, das Nações Unidas, e com a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, que apenas identificam um conjunto de comportamentos corruptos a criminalizar pelos Estados nas respetivas ordens jurídicas internas – suborno, peculato, apropriação ilegítima ou desvio de bens por agente público, tráfico de influências, abuso de funções, enriquecimento ilícito, branqueamento dos produtos resultantes de infrações de corrupção, infrações contabilísticas, etc. Vale a pena referir que, na versão oficial portuguesa de ambas as Convenções, “suborno” (*bribery*) é traduzido como “corrupção” (artigos 15.º, 16.º e 21.º da Convenção das Nações Unidas; artigos 2.º a 11.º da Convenção do Conselho da Europa), uma confusão terminológica entre a parte e o todo que se pode explicar pela intuição ainda dominante sobre o que está essencialmente em causa quando

³⁹ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 7-8 e 10.

⁴⁰ Como acontece, por exemplo, quando uma pessoa paga um suborno a um funcionário para poder ter acesso a um serviço público (escola, hospital, etc.). *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 23.

⁴¹ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 23. Cf. igualmente International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 15; United Nations Development Programme, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development*, cit., p. 9. Diremos que, sob uma perspetiva de direitos humanos, também esta distinção se afigura de pouca relevância prática. Como observou a relatora especial Christy Mbonu, no seu relatório preliminar, de 2004, qualquer que seja o grau da corrupção, esta tem sempre efeitos debilitantes para os Estados (e sua capacidade para proteger os direitos humanos), sobretudo nos países em desenvolvimento. *Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights: Preliminary report of the Special Rapporteur*, Ms. Christy Mbonu, cit., § 13.

falamos de corrupção⁴². Esta identificação entre suborno e corrupção é feita, aliás, por vários instrumentos de Direito internacional⁴³, como a Convenção Civil sobre a Corrupção, de 1999⁴⁴, adotada no quadro do Conselho da Europa, que constitui um dos poucos tratados internacionais a oferecer uma definição de corrupção. Corrupção é aí definida como o ato de solicitar, oferecer, dar ou aceitar, direta ou indiretamente, um suborno ou outra vantagem (ou promessa de vantagem) indevida, que distorça o correto desempenho de qualquer dever ou comportamento exigido do recetor do suborno ou da vantagem (ou promessa de vantagem) indevida⁴⁵.

Neste trabalho, o termo corrupção será usado como sinónimo de abuso de poder confiado por outrem (*e.g.* eleitores, acionistas) para benefício particular (próprio ou alheio), que tanto pode ocorrer no sector público (*e.g.* administração pública, tribunais) como no sector privado (empresas, associações) e a nível nacional como a nível internacional, e que é exemplificado pelos comportamentos abusivos que as convenções internacionais sobre corrupção mandam criminalizar (suborno, tráfico de influências, etc.).

Por último, o conceito de *direitos humanos* tem também sido objeto de muitos e acesos debates sobre o seu fundamento, o seu alcance geográfico e as suas concretas densificações, sobretudo desde que a Assembleia-Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de

⁴² E que também pode encontrar-se na definição de corrupção usada pela lei penal portuguesa. Os crimes de corrupção são tipificados no Código Penal português no capítulo relativo aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, distinguindo-se entre recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º), corrupção passiva (artigo 373.º) e corrupção ativa (artigo 374.º). Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, na versão dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

⁴³ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 16-17.

⁴⁴ *Civil Law Convention on Corruption*, aberta à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa em 4 de novembro de 1999, texto original inglês disponível em <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f6> [01.07.2017].

⁴⁵ “Article 2 (Definition of corruption): For the purpose of this Convention, «corruption» means requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behaviour required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof”. Apresentamos, em texto, uma tradução livre do original inglês, em virtude de não existir uma versão oficial portuguesa da Convenção, já que Portugal não é parte deste tratado. Informação disponível em http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174/signatures?p_auth=p2y4LHZB [01.07.2017].

1948, como “ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações”⁴⁶. Para além do princípio da universalidade, a Declaração consagrou o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, ao incluir no ideal comum “direitos de liberdade”, também ditos direitos civis e políticos (como o direito à vida, a proibição da escravatura e da tortura, as garantias processuais em processo penal e os direitos de participação política), lado a lado com “direitos de igualdade” ou direitos económicos, sociais e culturais (como os direitos à segurança social, ao trabalho, à educação e a um nível de vida suficiente)⁴⁷. Esta indivisibilidade, assente no truísmo de que não se pode ser livre quando se tem fome, viria a ser reafirmada na Declaração e Programa de Ação de Viena, em 1993⁴⁸, e pode encontrar-se refletida na maioria dos instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos, de âmbito mundial e regional⁴⁹, ainda que não tenha vingado no processo de

⁴⁶ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 217/A. Acompanhamos em texto a versão oficial portuguesa da Declaração, publicada no *Diário da República*, I série, n.º 57, de 9 de março de 1978.

⁴⁷ Para uma distinção entre “direitos de liberdade” e “direitos de igualdade”, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV – Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 99-114.

⁴⁸ “All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis”. *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993, § 5, disponível em <http://www.refworld.org/docid/3ae6b39ec.html> [02.07.2017]. A reafirmação, em Viena, dos princípios da universalidade e da indivisibilidade foi considerada necessária em face da contestação do caráter universal dos direitos humanos, que se fizera ouvir no discurso político e académico desde a proclamação da Declaração Universal em 1948, e como forma de ultrapassar a cisão ideológica que marcara a Guerra Fria, entre os Estados apologistas dos direitos civis e políticos e os Estados apologistas dos direitos económicos sociais e culturais. A Declaração de Viena foi importante, desde logo, pelo facto de os Estados Membros das Nações Unidas terem, entretanto, subido dos 53 existentes em 1948 para 193. Cf. DINAH L. SHELTON, *International Human Rights Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 123.

⁴⁹ Para além dos dois Pactos que, com a Declaração Universal, compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), as Nações Unidas promoveram a adoção de tratados de direitos humanos temáticos, que versam sobre atos tidos como particularmente intoleráveis (discriminação racial, tortura) e sobre categorias de pessoas especialmente vulneráveis (crianças, mulheres, pessoas portadoras de deficiência). Na maioria destes tratados, encontramos direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais. Considere-se, por exemplo, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, aprovada para adesão pela Assembleia da República portuguesa pela Lei n.º 7/82, de 29 de abril. O mesmo vale para os tratados de direitos humanos generalistas de âmbito regional, como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 – texto disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_25.htm [02.07.2017] – e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 – texto disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm [02.07.2017]. No continente europeu, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (aprovada para ratificação pela Assembleia da República portuguesa pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro), e os seus protocolos adicionais, versam essencialmente sobre direitos civis e políticos, mas a

elaboração dos dois Pactos de 1966, que vieram conferir força jurídica vinculativa aos princípios e normas constantes da Declaração Universal – o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵⁰ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁵¹.

A intuição subjacente à separação entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais em dois Pactos distintos, com claras diferenças de regime entre si, é a de que a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais depende da existência de recursos materiais e financeiros, ao passo que a satisfação dos direitos civis e políticos não depende de tais recursos, uma vez que aquilo a que os Estados Partes estão obrigados é a abster-se de criar obstáculos ao exercício dos direitos pelos indivíduos. É por isso que os direitos elencados no PIDCP são imediatamente exigíveis aos Estados Partes, enquanto o pleno exercício dos direitos elencados no PIDESC deve apenas ser assegurado progressivamente pelos Estados, “no máximo dos seus recursos disponíveis” (artigo 2.º de cada um dos Pactos). Sabe-se, no entanto, há já algum tempo, que esta dicotomia é largamente artificial, não apenas por a satisfação de direitos civis e políticos exigir recursos materiais e financeiros (para o recrutamento e formação de agentes que policiem as ruas e para a manutenção de estruturas que administrem os processos eleitorais, por exemplo), mas também pelo facto de o carácter progressivo da satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais não impedir que algumas das obrigações decorrentes do PIDESC sejam imediatamente exigíveis aos Estados Partes (por exemplo, a de garantir o pagamento de salário igual para trabalho igual e a liberdade dos pais para escolher o estabelecimento de ensino para os seus filhos), nem dispensar os Estados do dever de assegurar um núcleo mínimo de cada um dos direitos, independentemente do respetivo nível de desenvolvimento económico⁵². Ainda assim, a perceção desta dicotomia continua a ter muita força e

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 – texto disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf [02.07.2017] –, já inclui, não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos económicos, sociais e culturais.

⁵⁰ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e aprovado para ratificação pela Assembleia da República portuguesa pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho.

⁵¹ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e aprovado para ratificação pela Assembleia da República portuguesa pela Lei n.º 45/78, de 11 de julho.

⁵² Cf. DINAH L. SHELTON, *International Human Rights Law*, op. cit., pp. 191-193. Para além disso, não são só as normas de direitos civis e políticos que impõem deveres de abstenção aos Estados. Por exemplo, o direito a alojamento suficiente (artigo 11.º, n.º 1, do PIDESC) impõe aos Estados o dever de se absterem de levar a cabo desalojamentos arbitrários ou forçados. Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 25.

a condicionar os debates políticos e académicos sobre o impacto da corrupção para os direitos humanos, que se têm centrado nas implicações da corrupção para os direitos económicos, sociais e culturais, por serem estes os direitos cuja satisfação é diretamente prejudicada pela má gestão dos recursos estaduais e pelo desvio destes recursos por efeito da corrupção. Recorde-se, por exemplo, os estudos e relatórios apresentados por Christy Mbonu, relatora especial das Nações Unidas sobre o impacto da corrupção para o pleno gozo dos direitos humanos, durante o seu mandato⁵³. Isso não impede, no entanto, o reconhecimento de que a corrupção atinge direta ou indiretamente todos os direitos humanos, inclusive os direitos civis e políticos, o que vem a ser feito com maior insistência nos últimos anos, como teremos oportunidade de desenvolver na secção que se segue.

Neste trabalho, as referências a *direitos humanos* dizem genericamente respeito às faculdades e garantias consagradas pelos padrões internacionais de direitos humanos, de âmbito mundial e regional, de que resultam para os Estados Partes obrigações de respeito, proteção e satisfação⁵⁴. Abrangem tanto os direitos civis e políticos como os direitos económicos, sociais e culturais. Para o que concretamente nos interessa neste estudo, a referência genérica aos direitos humanos positivados no plano internacional será suficiente, ainda que possam existir diferenças entre os padrões internacionais de âmbito mundial e regional na densificação de alguns direitos e inevitáveis variações no modo como os Estados transpõem uns e outros padrões para as respetivas ordens jurídicas internas⁵⁵. Com esta abordagem normativista, distanciamo-nos da prática de vários organismos e agências das Nações Unidas, como o ACNUDH e a UNICEF, de tratar direitos humanos e boa governança como sinónimos, quando se referem aos princípios da transparência, responsabilização, não discriminação e participação como “princípios fundamentais de direitos humanos”⁵⁶.

⁵³ Ver *supra* nota 11.

⁵⁴ Muito sumariamente: a *obrigação de respeito* exige dos Estados que se abstenham de adotar qualquer medida que possa privar os indivíduos do gozo dos seus direitos; a *obrigação de proteção* exige dos Estados que previnam violações de direitos humanos por terceiros; e a *obrigação de satisfação* exige dos Estados que adotem medidas para assegurar que as pessoas sob sua jurisdição têm acesso a bens básicos, a que não poderiam aceder por seus próprios meios. Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 25-26.

⁵⁵ Cf. JACK DONNELLY, “The relative universality of human rights”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n.º 2, 2007, pp. 283 e 299-301.

⁵⁶ Atente-se, por exemplo, nesta citação do ACNUDH: “The core human rights principles of transparency, accountability, non-discrimination and meaningful participation, when upheld and implemented, are the most effective means to fight corruption”. Disponível em

3. Os custos da corrupção para os direitos humanos

Como começámos por observar no início deste trabalho, já ninguém discute que a corrupção tem efeitos muito negativos – “graves e devastadores”, disse Christy Mbonu⁵⁷ – para o gozo dos direitos humanos. Há mesmo quem defenda que a corrupção em larga escala deve ser considerada um crime contra a humanidade e que todos os seres humanos têm um direito humano básico a viver numa sociedade livre de corrupção⁵⁸. Não faltam, é certo, vozes a chamar a atenção para o facto de nem todos os concretos atos de corrupção violarem direitos humanos e para o risco de os excessos retóricos acabarem por banalizar o nexos (real) entre corrupção e violações de direitos humanos⁵⁹, mas o tom dominante é claramente enfático⁶⁰. Apesar de corrupção e violações de direitos humanos não serem sempre sinónimos⁶¹, parece ser claro que, quando a corrupção é generalizada e sistémica, é

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx> [12.06.2017]. Cf. igualmente PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, pp. 800-801.

⁵⁷ *Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights: Progress report submitted by the Special Rapporteur, Christy Mbonu*, de 22 de junho de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/18, p. 2.

⁵⁸ Considerem-se, por exemplo, as conclusões da 11.ª Conferência Internacional Anticorrupção, de 2003. Cf. United Nations Development Programme, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development*, *cit.*, p. 9. Cf., igualmente, International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, p. 3.

⁵⁹ Nesse sentido, cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, pp. 4 e 23-24.

⁶⁰ Considerem-se, a título meramente ilustrativo, os seguintes excertos de comunicações proferidas por Ban Ki-moon e por Navi Pillay, ao tempo Secretário-Geral das Nações Unidas e Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, respetivamente. Num como no outro, uma ideia chave é a de que a corrupção mata. “Corruption undermines democracy and the rule of law. It leads to violations of human rights. It erodes public trust in government. It can even kill – for example, when corrupt officials allow medicines to be tampered with, or when they accept bribes that enable terrorist acts to take place” (Ban Ki-moon). “Let us be clear. Corruption kills. The money stolen through corruption every year is enough to feed the world’s hungry 80 times over. Nearly 870 million people go to bed hungry every night, many of them children; corruption denies them their right to food, and, in some cases, their right to life” (Navi Pillay). *Apud* Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Human Rights Case Against Corruption*, 2013, disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/GoodGovernance/Corruption/HRCASEAgainstCorruption.pdf> [13.07.2017].

⁶¹ Como nota Gareth Sweeney, cuja síntese acompanhamos em texto, há Estados com baixos índices de corrupção e com mecanismos de prevenção e combate à corrupção que, apesar disso, apresentam pobres resultados em matéria de proteção de direitos humanos. Por outro lado, a luta contra a corrupção pode, ela mesma, pôr em causa direitos humanos, como os direitos à reserva da intimidade da vida privada e a garantias processuais em processo penal dos suspeitos de envolvimento em crimes de corrupção, um aspeto a que teremos oportunidade de regressar *infra*. Cf. GARETH SWEENEY, “Linking acts of corruption with specific human rights”, comunicação apresentada no quadro da sessão de

impossível assegurar o respeito, a proteção e a garantia dos direitos humanos. Desde logo, a corrupção reduz a confiança dos cidadãos nas instituições públicas e fragiliza a capacidade dos Estados para respeitar e proteger direitos humanos, já que os Estados dificilmente poderão garantir a segurança das pessoas quando as suas forças policiais estão comprometidas ou assegurar uma administração da justiça independente e imparcial quando os seus juízes e procuradores são suscetíveis a influências externas, do mesmo modo que não poderão assegurar a satisfação progressiva dos direitos económicos, sociais e culturais quando os recursos públicos disponíveis são desviados para outros fins pela corrupção. Para além de fragilizar o Estado de Direito e de alimentar uma cultura de impunidade, a corrupção sistémica compromete o desenvolvimento humano e perpetua/acentua as desigualdades sociais ao permitir a progressão apenas daqueles que têm conhecimentos e meios financeiros para exercer influência e pagar subornos⁶².

Ao nível das Nações Unidas, é cada vez mais comum que os organismos de supervisão do cumprimento dos tratados de direitos humanos pelos Estados Partes incluam, na sua apreciação dos relatórios estaduais, secções dedicadas à corrupção e que observem que a incapacidade dos Estados para cumprirem as respetivas obrigações em matéria de direitos humanos se deve à corrupção⁶³. Dois exemplos recentes bastarão para ilustrar a tendência. O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, nos seus comentários finais de novembro de 2016 sobre o relatório apresentado pela Tunísia, dedicou uma secção autónoma à corrupção, onde, entre outras coisas, chamou a atenção para a necessidade de assegurar que o projeto de lei sobre reconciliação nacional económica e financeira não conduza à impunidade das pessoas declaradas culpadas por corrupção de grande escala antes

trabalho intitulada *Corruption and Human Rights in Third Countries*, promovida pelo Subcomité para os Direitos Humanos do Parlamento Europeu, em 28 de fevereiro de 2013, disponível em <https://www.anagomes.eu/PublicDocs/a83f7ea0-d0d1-4711-a1e6-1f0ae76386f6.pdf> [16.06.2017]. Numa leitura de sentido semelhante, ainda que simétrica, James Thuo Gathii observa, a partir da experiência do Quênia, que os direitos humanos (sobretudo as garantias processuais) têm sido usados para inviabilizar investigações e julgamentos por corrupção de funcionários públicos de topo e que as reformas anticorrupção são prejudiciais aos direitos económicos e sociais dos pobres e marginalizados, por serem orientadas prioritariamente para a promoção da eficiência dos mercados e implicarem uma diminuição da despesa em serviços públicos primários como a saúde e a educação. Os direitos humanos, conclui, tanto podem ser usados a favor como contra a corrupção. Cf. JAMES THUO GATHII, “Defining the relationship between human rights and corruption”, *op. cit.*, pp. 125 e 197.

⁶² Cf. GARETH SWEENEY, “Linking acts of corruption with specific human rights”, *cit.*, pp. 1-2. Sobre o impacto negativo da corrupção para o desenvolvimento humano, cf. ainda SELÇUK AKÇAY, “Corruption and human development”, in *Cato Journal*, vol. 26, n.º 1, 2006, pp. 29-46.

⁶³ Cf. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Human Rights Case Against Corruption*, *cit.*, pp. 4 e 6.

de 2011 (§§ 16-17), e, na secção relativa ao direito à saúde, observou que a população tunisina entende que o seu acesso a cuidados de saúde é frequentemente obstaculizado pela corrupção (§ 48)⁶⁴. O Comité dos Direitos da Criança, nos seus comentários finais de junho de 2017 sobre o relatório apresentado pela Mongólia, mostrou-se muito preocupado com os riscos de regressão no gozo dos direitos da criança devido à corrupção, entre outros fatores (§ 8), e recomendou a adoção de medidas concretas para combater a corrupção no sector da saúde (§ 30) e para lidar com os conflitos de interesses de funcionários públicos envolvidos em negócios que usam crianças em atividades perigosas, como corridas de cavalos (§ 41)⁶⁵.

De igual modo, ONG de referência, como a Human Rights Watch e a Amnistia Internacional, têm vindo a sublinhar nos seus relatórios anuais⁶⁶ o impacto negativo da corrupção para o gozo dos direitos humanos e inclusive a dedicar ao tema relatórios autónomos, como os relatórios da Human Rights Watch sobre a incapacidade de lidar com a corrupção de alto nível no Uganda (2013)⁶⁷ e sobre as dificuldades em assegurar transparência e responsabilização em Angola face à corrupção de grande escala que se verifica no país (2010)⁶⁸. Também para os ativistas no terreno, a perceção do nexo entre corrupção e violações de direitos humanos é muito clara. Não raro, a oposição a regimes ditatoriais combina acusações de corrupção com acusações de violação de direitos humanos, como bem

⁶⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Túnez*, de 14 de novembro de 2016, E/C.12/TUN/CO/3, disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fTUN%2fCO%2f3&Lang=en [12.07.2017].

⁶⁵ Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fifth periodic report of Mongolia*, de 2 de junho de 2017, CRC/C/MNG/CO/5, disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMNG%2fCO%2f5&Lang=en [12.07.2017].

⁶⁶ Considere-se, por exemplo, Human Rights Watch, *World Report 2017 (events of 2016)*, pp. 4, 8-11, 37, 50, 75, 78-79, 103, 128, 164, etc., disponível em https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/wr2017-web.pdf [12.07.2017]; Amnesty International, *Report 2016/17: The State of the World's Human Rights*, pp. 38, 51, 55, 60, 64, 71, 176, etc., disponível em <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2017/02/amnesty-international-annual-report-201617/> [12.07.2017].

⁶⁷ Human Rights Watch, *"Letting the Big Fish Swim": Failures to Prosecute High-Level Corruption in Uganda*, 2013, disponível em <https://www.hrw.org/report/2013/10/21/letting-big-fish-swim/failures-prosecute-high-level-corruption-uganda> [12.07.2017].

⁶⁸ Human Rights Watch, *"Transparency and Accountability in Angola": An Update*, 2010, disponível em <https://www.hrw.org/report/2010/04/13/transparency-and-accountability-angola> [12.07.2017].

demonstram os acontecimentos na Líbia, na Tunísia e no Egito durante a “Primavera Árabe”⁶⁹.

Em 2009, o International Council on Human Rights Policy publicou um estudo em que procurou estabelecer de forma precisa e juridicamente consequente o nexo de causalidade entre corrupção e violações de direitos humanos, de modo a determinar se e em que circunstâncias um Estado poderá ser considerado responsável por violações de direitos humanos resultantes de corrupção. Para começar, o estudo sublinha que o facto de todas as formas de corrupção poderem ter um impacto negativo sobre o gozo de direitos humanos a longo prazo não significa automaticamente que um dado ato de corrupção viole um direito humano⁷⁰. O termo “violação” – adianta – só deve ser usado quando exista uma obrigação jurídica por parte dos Estados⁷¹. Estes serão responsáveis pela violação de direitos humanos resultante de corrupção se puder provar-se que, pelos seus atos ou pela sua inação, desrespeitaram padrões internacionais e/ou nacionais de direitos humanos. Os Estados podem, por exemplo, falhar na sua obrigação de proteger e, desse modo, violar direitos humanos, por não criminalizarem certas práticas de corrupção (levadas a cabo por agentes públicos e/ou por empresas privadas) ou por não serem capazes de impor o cumprimento das disposições penais em vigor; do mesmo modo que podem ser considerados negligentes caso se prove que as empresas estabelecidas nos respetivos territórios violam reiteradamente a legislação laboral (salário mínimo, regras de higiene e segurança no trabalho, etc.) e subornam os inspetores governamentais para que estes não reportem tais práticas⁷². A privatização de serviços públicos como a saúde, os transportes ou as telecomunicações pode implicar um aumento das oportunidades para a corrupção e prejudicar o gozo de alguns direitos (como o de acesso a água potável), mas, em qualquer caso, os Estados continuam a ser responsáveis por eventuais violações de direitos se não conseguirem impedir a corrupção por parte

⁶⁹ Cf. HUN JOON KIM e J. C. SHARMAN, “Accounts and accountability...”, *op. cit.*, p. 418; GARETH SWEENEY, “Linking acts of corruption with specific human rights”, *cit.*, p. 2; PATRÍCIA JERÓNIMO, “O discurso dos direitos humanos no contexto da Primavera Árabe”, in Patrícia Jerónimo (org.), *A Primavera Árabe e o Uso da Força nas Relações Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 124-125 e 128-129.

⁷⁰ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, pp. 4 e 24.

⁷¹ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, p. 26.

⁷² Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, pp. 25-26.

das empresas privadas ou não protegerem os direitos dos grupos vulneráveis que necessitem dos serviços públicos em questão⁷³.

Para além disso, será sempre necessário distinguir práticas de corrupção que violam diretamente um direito humano, de práticas de corrupção que não violam um direito diretamente (ainda que conduzam à violação de um direito) e de práticas de corrupção cuja relação causal com a violação de um direito humano não pode ser estabelecida na prática⁷⁴. A corrupção poderá ser diretamente relacionada com a violação de um direito humano se o ato corrupto tiver sido deliberadamente usado como um meio de violar o direito. É o caso, por exemplo, de um suborno oferecido a um juiz, que afeta diretamente a independência e a imparcialidade do juiz em causa e, desse modo, viola o direito a um julgamento justo. A corrupção também pode violar diretamente um direito humano se o Estado (ou um seu agente), pelos seus atos ou inação, impedir indivíduos de terem acesso ou de exercerem o direito em causa. Por exemplo, se um indivíduo tem de subornar um médico para ser atendido num hospital público, o seu direito à saúde está a ser diretamente violado⁷⁵. A corrupção pode também contribuir para a violação de direitos humanos de forma indireta, ao desencadear uma sequência de acontecimentos que conduz à violação de um direito. Se, por exemplo, funcionários públicos autorizarem a importação ilícita de resíduos tóxicos em troca de um suborno e esses resíduos tóxicos forem depositados perto de uma zona residencial, os direitos à saúde e à vida dos residentes dessa zona são violados (indiretamente) como resultado da corrupção. Será também esse o caso sempre que agentes corruptos recorram à intimidação, às ameaças e ao homicídio de jornalistas ou delatores para silenciar denúncias de corrupção⁷⁶. A corrupção pode ainda contribuir para a violação de direitos humanos de forma mais distante, sendo apenas um fator entre muitos outros. É o que se passa, por exemplo, quando a corrupção ocorrida durante um processo eleitoral suscita dúvidas sobre os resultados finais e os protestos populares contra esses resultados são reprimidos de forma violenta pelas autoridades policiais. Num tal cenário, a corrupção

⁷³ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 26.

⁷⁴ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 23-24.

⁷⁵ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 27.

⁷⁶ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 27-28.

contribui para uma violação direta do direito de participação política e de forma apenas remota para a violação dos direitos à vida e à integridade física e das liberdades de reunião e de manifestação dos indivíduos que participem nos protestos populares, já que muitos outros fatores podem contribuir para os protestos e para a violência da repressão policial desses protestos⁷⁷.

Esta distinção entre situações em que a corrupção viola diretamente direitos humanos e situações em que a corrupção viola direitos humanos de forma indireta é acompanhada de muito perto pelo relatório do Comité Consultivo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o impacto negativo da corrupção para o gozo de direitos humanos, de 2015⁷⁸, ainda que globalmente este relatório assuma um tom menos analítico e mais enfático do que o do estudo do International Council. Segundo o relatório, é praticamente impossível identificar todos os direitos humanos que podem ser violados pela corrupção, atenta a miríade de formas e contextos em que a corrupção se manifesta, mas isso não impede a conclusão de que dificilmente encontraremos um direito humano que não possa ser violado pela corrupção⁷⁹. Os nexos causais entre corrupção e violações de direitos humanos são exemplificados nos seguintes termos: se existe corrupção no sector do ensino, o direito à educação pode ser violado; se existe corrupção no poder judiciário, o direito de acesso à justiça e a um julgamento justo pode ser violado; se existe corrupção nos serviços de saúde e de segurança social, os direitos à saúde e à alimentação (entre outros) podem ser violados; de um modo geral, se uma pessoa tem de subornar alguém para obter um tratamento favorável ou o acesso a um serviço público, o princípio da não discriminação pode ser afetado⁸⁰.

⁷⁷ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 28.

⁷⁸ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 29.

⁷⁹ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 17-18. O relatório usa as expressões “violação de direitos humanos” e “impacto negativo para o gozo de direitos humanos” praticamente como sinónimas, mas esclarece a dado passo que o sentido desta última expressão é mais amplo do que o da primeira (que, em rigor, só vale para casos em que tenha cabimento uma ação judicial). De qualquer modo – acrescenta –, o que interessa é que as medidas anticorrupção tenham em conta não apenas as violações de direitos humanos, mas os diferentes tipos de impacto negativo que a corrupção pode ter para o gozo dos direitos humanos (§ 21).

⁸⁰ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 17. O relatório refere ainda outros direitos suscetíveis de violação por efeito da corrupção, como o direito ao trabalho e o direito à habitação, e detém-se nos efeitos particularmente nefastos da corrupção no poder judiciário, por afetar diretamente o direito de acesso aos tribunais e o direito a um julgamento justo por um tribunal competente, independente e imparcial (§§ 18-19).

O relatório distingue três tipos de impacto negativo que a corrupção pode ter para o gozo de direitos humanos, consoante o número de indivíduos afetados⁸¹ – um impacto negativo individual, um impacto negativo coletivo e um impacto negativo geral. No primeiro caso, observa o relatório, é frequente que o indivíduo afetado pela corrupção sofra uma violação direta dos seus direitos humanos, desde logo pelo facto de a corrupção resultar amiúde em discriminação no acesso a serviços públicos. O impacto da corrupção sobre os indivíduos pode também resultar de efeitos indiretos da corrupção, como será o caso, por exemplo, sempre que as autoridades públicas autorizarem a desflorestação de terras em troca de subornos, com prejuízo para os direitos à alimentação, à saúde e à habitação dos indivíduos residentes nas áreas desflorestadas. No segundo caso, a corrupção pode afetar grupos específicos de indivíduos, em particular os mais vulneráveis, como as mulheres, as crianças, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os pobres, as minorias étnicas e os povos indígenas⁸². A corrupção pode privar os pobres do acesso a bens e serviços prestados pela administração estadual, bem como do acesso à justiça. Sabe-se, por outro lado, que entre os mais afetados pelas desflorestações ilegais estão as minorias étnicas e os povos indígenas habitantes das áreas desflorestadas. Por vezes, a corrupção não é mais do que um aspeto da

⁸¹ Segundo o relatório, a classificação tem por base as diferentes obrigações que impendem sobre os Estados, mas não se vislumbra qualquer sinal deste critério na explicação apresentada para cada uma das categorias. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 20.

⁸² Como sublinhado mais adiante no relatório, ainda que a corrupção tenha um impacto negativo para o gozo de direitos humanos por todas as pessoas afetadas, os seus efeitos são exponencialmente mais graves para as pessoas vulneráveis (§ 22). As pessoas mais desfavorecidas de um ponto de vista económico e político sofrem desproporcionadamente os efeitos da corrupção, por serem especialmente dependentes dos serviços e prestações públicos. Cf. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Human Rights Case Against Corruption*, cit., p. 4. Para uma leitura de idêntico sentido, sublinhando que a corrupção contribui para reforçar a exclusão e a discriminação a que as pessoas mais vulneráveis estão sujeitas, cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 7. Como referido neste estudo, por vezes, é a vulnerabilidade que torna certas pessoas presas fáceis da corrupção, como acontece com os trabalhadores migrantes em situação irregular, a quem agentes policiais corruptos conseguem extorquir dinheiro facilmente com ameaças de deportação, sabendo que aqueles não irão queixar-se às autoridades (*idem, ibidem*). Também a relatora especial, Christy Mbonu, sublinhou este ponto, notando que a pobreza potencia a corrupção e que a corrupção contribui para um aumento exponencial da pobreza. *Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights: Working paper submitted by Ms. Christy Mbonu in accordance with Sub-Commission decision 2002/106*, cit., §§ 7-8 e 13. Cf. ainda United Nations Development Programme, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development*, cit., pp. 5 e 7-8; JAMES THUO GATHII, “Defining the relationship between human rights and corruption”, *op. cit.*, pp. 184-187.

violação de direitos ou um fator agravante de uma violação de direitos pré-existente, como acontece quando a violação do direito à educação de certo grupo vulnerável (resultante, por exemplo, da imposição de requisitos de acesso discriminatórios) é agravada pelo facto de um funcionário exigir um suborno como condição para viabilizar o acesso de membros desse grupo a um estabelecimento de ensino público. Por último, a corrupção pode afetar a sociedade em geral (nacional e internacional), o que acontece por duas vias principais: ao contribuir para o desvio de fundos públicos, a corrupção diminui os recursos disponíveis para a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais, prejudicando o gozo destes direitos, sobretudo por parte das pessoas mais vulneráveis; ao minar o modo de funcionamento das autoridades públicas, a corrupção prejudica a confiança das pessoas nas instituições estaduais, com o que fragiliza a ordem democrática e o Estado de Direito⁸³. E, por aí, acrescentaria o ACNUDH, compromete o gozo de direitos civis e políticos⁸⁴.

Apesar do reconhecimento das implicações negativas da corrupção para o pleno gozo dos direitos humanos e da possibilidade de responsabilizar os Estados e seus agentes pelas violações de direitos humanos resultantes da corrupção, o combate à corrupção tem sido conduzido, tanto no plano internacional como no plano interno dos Estados, com base em medidas penais dirigidas à punição dos agentes de corrupção e em reformas dos sistemas de governo centradas no objetivo de assegurar a eficiência do mercado⁸⁵ e de restabelecer a confiança dos investidores e dos doadores. Segundo os críticos, os custos da corrupção para indivíduos, grupos e sociedade em geral não têm merecido a devida atenção. São sobretudo os efeitos da corrupção para o crescimento económico que movem os decisores políticos. Daí os muitos apelos feitos na sociedade internacional, nos últimos anos, para que se

⁸³ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 20.

⁸⁴ “When corruption is prevalent, those in public positions fail to take decisions with the interests of society in mind. As a result, corruption damages the legitimacy of a democratic regime in the eyes of the public and leads to a loss of public support for democratic institutions. People become discouraged from exercising their civil and political rights and from demanding that these rights be respected”. O gozo de direitos civis e políticos pode, para além disso, ser prejudicado, de forma mais direta, por práticas como a fraude eleitoral e a corrupção no financiamento dos partidos políticos. Informação disponível em

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx> [12.06.2017].

⁸⁵ Cf. BALAKRISHNAN RAJAGOPAL, “Corruption, legitimacy and human rights...”, *op. cit.*, p. 497.

adote uma perspectiva de direitos humanos no combate à corrupção, de que o relatório do Comité Consultivo é apenas um dos exemplos mais recentes.

4. As vantagens e os limites de uma perspectiva de direitos humanos no combate à corrupção

Segundo o relatório do Comité Consultivo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o impacto negativo da corrupção para o gozo de direitos humanos, de 2015, a adoção de uma perspectiva de direitos humanos no combate à corrupção tem várias vantagens, quer no plano prático, quer (sobretudo) no plano simbólico: põe a tónica nas vítimas e nos custos sociais da corrupção, potencia uma maior consciencialização da sociedade para a dimensão do problema, sublinha as responsabilidades dos Estados e abre novas vias de combate à corrupção pela mobilização dos mecanismos internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos.

Enquanto perspectiva complementar⁸⁶ da perspectiva (dominante) de Direito Penal, a perspectiva de direitos humanos permitiria alargar o enfoque do combate à corrupção – até aqui centrado nos crimes e respetivas sanções – para considerar não apenas os agentes dos crimes de corrupção, mas também as vítimas da corrupção, cuja posição em processo penal não é habitualmente muito forte. Aliás, uma perspectiva de direitos humanos não se limitaria a ter em atenção a posição da vítima. Iria mais longe e colocaria a vítima no centro da luta contra a corrupção⁸⁷.

⁸⁶ O Comité Consultivo faz questão de sublinhar este ponto em mais do que uma ocasião. Não se trata de defender que a perspectiva de direitos humanos é a única forma de lidar com a corrupção. A discussão do impacto negativo da corrupção para o gozo dos direitos humanos não deve ser vista como pondo em causa as medidas penais de combate à corrupção. O que se pretende é, acima de tudo, identificar vias adicionais para desenvolver estratégias anticorrupção. “Corruption is a crime. Impunity in cases of corruption must end. In that sense, a human rights perspective to combating corruption and its effects is complementary to the criminal law approach. [It] must be stressed that the human rights approach is not meant to be the exclusive way to tackle corruption. Highlighting the connection between human rights and corruption does not mean to jeopardize the prosecution of people found guilty of criminal offences because of acts of corruption or their liability under private law. The purpose of examining this connection is to identify additional avenues for developing strategies against corruption”. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 24 e 34, interpolação nossa.

⁸⁷ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 24, 27 e 42. Apesar da centralidade atribuída à vítima, o Comité Consultivo não deixa de considerar outros atores (“não vítimas”) cujos direitos não podem

Ao chamar a atenção para os efeitos da corrupção para indivíduos, grupos vulneráveis e sociedade em geral, a perspectiva de direitos humanos teria ainda a vantagem de colmatar uma lacuna importante da abordagem de Direito Penal, que não oferece meios para lidar com os problemas estruturais causados pela corrupção⁸⁸. Esta vantagem verifica-se igualmente face aos instrumentos de Direito Civil usados no combate à corrupção – responsabilidade civil, invalidação de contratos, proteção de trabalhadores, etc. –, já que estes instrumentos se centram na compensação dos efeitos da corrupção para indivíduos determinados⁸⁹, não nos efeitos da corrupção para a sociedade em geral. O Comité acredita, para além disso, que uma perspectiva de direitos humanos contribuiria para uma melhor compreensão da dimensão humana e dos custos sociais da corrupção, dando-lhes visibilidade e contribuindo desse modo para uma maior consciencialização da sociedade sobre as consequências da corrupção, logo para a mobilização de novos aliados na luta contra a corrupção⁹⁰.

A adoção de uma perspectiva de direitos humanos teria também a vantagem de chamar a atenção para as responsabilidades dos Estados pelos efeitos negativos da corrupção. Os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos não se limitam a exigir dos Estados que não adotem nem tolerem práticas corruptas, por tais práticas porem em causa, desde logo, o princípio da igualdade e a proibição de discriminação. Exigem também que os Estados atuem para prevenir e reparar os efeitos negativos da corrupção, sob pena de incorrerem em violações de direitos humanos. Essas medidas incluirão certamente a perseguição penal dos agentes da corrupção, mas não podem ficar só por aí, já que a perseguição penal não é um instrumento apto a reparar os efeitos negativos da corrupção para os indivíduos, os grupos vulneráveis e a sociedade em geral. São necessárias, desde logo, medidas preventivas, como garantias de transparência, responsabilização, participação, controlos externos e acesso à informação⁹¹ – elementos chave da boa governança –

ser negligenciados (indivíduos acusados de crimes de corrupção) e devem até ser reforçados (ativistas de direitos humanos, incluindo delatores, jornalistas, etc.), no quadro da luta contra a corrupção. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 42-46.

⁸⁸ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 25.

⁸⁹ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 26.

⁹⁰ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 27.

⁹¹ Medidas preventivas cuja necessidade é, de resto, reconhecida pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e por outras convenções de âmbito regional sobre a matéria, como o Comité

, o que coincide em larga medida com a proteção dos direitos humanos. O reforço do gozo dos direitos humanos em geral e de alguns direitos civis e políticos em particular (liberdade de expressão e de imprensa, acesso à informação, não discriminação) afigura-se, por isso, um instrumento inestimável no combate à corrupção. Somando-se às medidas repressivas do Direito Penal e às medidas compensatórias do Direito Civil, a promoção e o reforço dos direitos humanos apresentam-se assim como medidas preventivas para o combate à corrupção⁹², que idealmente contribuirão, a longo prazo, para uma sociedade civil bem informada e independente, apta a rejeitar e a denunciar a corrupção em todas as suas formas e em quaisquer circunstâncias⁹³.

Por último, a ligação entre medidas anticorrupção e direitos humanos teria ainda – segundo o Comité – a vantagem, eminentemente prática, de permitir o aproveitamento dos mecanismos internacionais e nacionais já existentes para a supervisão do cumprimento dos padrões de direitos humanos, abrindo novas oportunidades para ação judicial ou queixa a organismos de supervisão contra Estados responsáveis por violações de direitos humanos, por exemplo, por não terem adotado medidas adequadas a reparar as consequências da corrupção. Através do uso destes mecanismos de supervisão, os direitos humanos passariam a fazer parte da estratégia anticorrupção, ao mesmo tempo que a luta contra a corrupção funcionaria como forma de prevenir violações de direitos humanos. Combinadas, as estratégias de combate à corrupção e de promoção dos direitos humanos reforçar-se-iam mutuamente⁹⁴.

Quem tenha vindo a acompanhar os esforços empreendidos pelas Nações Unidas, desde a década de 1990, no sentido de uma aplicação transversal (*mainstreaming*) dos padrões de direitos humanos aos seus vários domínios de intervenção, reconhecerá certamente muitos dos argumentos apresentados pelo Comité Consultivo em prol de uma perspectiva de direitos humanos no combate à

Consultivo não deixa de notar. A vantagem de uma perspectiva de direitos humanos no combate à corrupção reside, segundo o Comité Consultivo, em tornar a necessidade da adoção de medidas preventivas ainda mais evidente. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 28 e 25.

⁹² *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 30.

⁹³ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 31.

⁹⁴ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., §§ 32-33.

corrupção. Não há aqui nada de substancialmente novo, na verdade. Já em 2005, dez anos antes da apresentação do relatório pelo Comité Consultivo, Philip Alston acusava alguma fadiga ao elencar os argumentos recorrentes na defesa de um enquadramento de direitos humanos para (nesse caso) os programas de apoio ao desenvolvimento: a vantagem de ter por base obrigações jurídicas já existentes e voluntariamente assumidas pelos Estados através da ratificação de tratados de direitos humanos; o potencial mobilizador do discurso dos direitos humanos; a atenção aos grupos mais vulneráveis; o aproveitamento das instituições de direitos humanos já existentes em muitos Estados, assim como dos cada vez mais sofisticados mecanismos internacionais de controlo do cumprimento dos padrões de direitos humanos⁹⁵.

Em face dos magros resultados conseguidos até ao momento pela estratégia de *mainstreaming*, não podemos deixar de receber os argumentos do Comité Consultivo com uma grande medida de ceticismo. Tal como noutros domínios, o apelo à adoção de uma perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção parece assentar numa confiança desmesurada no poder dos padrões e organismos de direitos humanos para mobilizar as pessoas⁹⁶ e forçar os Estados a atuar, quando, de todo o mundo, nos chegam dados que contrariam fortemente aquele otimismo, quer porque nos revelam uma grande hostilidade popular ao discurso dos direitos humanos (visto como um fator de vulnerabilidade para os Estados e uma cartilha ao serviços dos criminosos), quer porque nos mostram que muitos Estados não têm pejo em assumir que não querem supervisão internacional e não se deixam embaraçar por críticas ao seu desempenho em matéria de direitos

⁹⁵ Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 779.

⁹⁶ Vale a pena observar como o argumento aparece invertido na defesa, por Philip Alston, de uma maior coordenação entre as comunidades dos direitos humanos e do apoio ao desenvolvimento. Segundo Alston, a adoção de uma perspetiva baseada nos Objetivos de Desenvolvimento do Milénio teria o potencial de cativar novos grupos de pessoas para a luta pelos direitos humanos, pessoas que não se envolveriam tão facilmente se se tratasse de uma campanha exclusivamente em defesa dos direitos humanos. Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 766. Isso não obsta, no entanto, a que noutra passagem do texto Alston se refira ao potencial mobilizador único dos padrões de direitos humanos (p. 815). É precisamente este potencial mobilizador que é apresentado por Gareth Sweeney como a primeira vantagem de estabelecer a ligação entre corrupção e direitos humanos. “It is my personal view that presenting corruption primarily as an obstacle to economic and social development can appear an abstract goal and limit its potential resonance with the public conscience. Understanding a corrupt exchange as a violation of your rights is a powerful incentive for action, and the chances of engaging the broader public in demanding their rights are amplified”. Cf. GARETH SWEENEY, “Linking acts of corruption with specific human rights”, *cit.*, p. 2. Para uma leitura de idêntico sentido, cf. ainda International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, pp. 5 e 70.

humanos. Pense-se, por exemplo, nas campanhas movidas no Reino Unido contra o *Human Rights Act 1998*, que incorporou na ordem jurídica do Reino Unido as disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹⁷, ou na sobrançeria com que a Administração Trump encara os compromissos assumidos pelos Estados Unidos no quadro das Nações Unidas, incluindo a participação no Conselho de Direitos Humanos⁹⁸. Os direitos humanos estão muito longe de ser uma fórmula mágica que capte imediata e irresistivelmente os corações dos cidadãos de todo o mundo e os mova a abraçar a causa da luta contra a corrupção. A chamada de atenção para o mal causado pela corrupção é sem dúvida importante e tem sido feito um trabalho muito meritório a este respeito, mas não devemos sobrestimar o poder galvanizador do discurso dos direitos humanos; assim como não devemos subestimar o efeito anestesiante da sucessão de estudos, conferências e recomendações, com tiradas enfáticas e poucas ou nenhuma consequências práticas.

Seja como for, também não é muito claro o que é que o Comité Consultivo tem em mente quando defende uma perspectiva de direitos humanos no combate à corrupção, ou seja, em que consiste ao certo esta perspectiva, em que medidas e programas concretos é que esta deverá traduzir-se. Certamente que não consistirá *apenas* numa chamada de atenção para os efeitos negativos da corrupção para o gozo dos direitos humanos, como a que o próprio Comité Consultivo faz neste relatório e tem vindo a ser feita por muitos outros estudos e recomendações ao longo dos últimos anos⁹⁹, por mais importante que esta inegavelmente se nos afigure. A chamada de atenção dos Estados para a necessidade de cumprirem as respetivas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos também não

⁹⁷ O *Human Rights Act 1998* (c. 42) está disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1> [16.07.2017]. Sobre o tema, cf., por exemplo, SUSAN KEMP, "The new UK Government wants to scrap the Human Rights Act. Does the Act matter, and can anything be done to save it?", *EJIL Talk!*, 27 de maio de 2015, disponível em <https://www.ejiltalk.org/the-new-uk-government-wants-to-scrap-the-human-rights-act-does-the-act-matter-and-can-anything-be-done-to-save-it/> [16.07.2017].

⁹⁸ Cf., por exemplo, SHEBA CROCKER, "Has President Trump learned to love the United Nations?", in *Foreign Policy*, 3 de maio de 2017, disponível em <http://foreignpolicy.com/2017/05/03/has-president-trump-learned-to-love-the-united-nations-nikki-haley/> [16.07.2017].

⁹⁹ A espaços, parece que é sobretudo disso que se trata. Atente-se, por exemplo, no seguinte excerto: "It must be stressed that the human rights approach is not meant to be the exclusive way to tackle corruption. Highlighting the connection between human rights and corruption does not mean to jeopardize the prosecution of people found guilty of criminal offenses because of acts of corruption or their liability under private law. The purpose of examining this connection is to identify additional avenues for developing strategies against corruption". *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 34.

parece constituir um peso específico desta perspetiva, já que é algo que faz parte da missão de todos os organismos internacionais de supervisão do cumprimento dos padrões de direitos humanos, quer ao nível das Nações Unidas, quer ao nível de organizações regionais como o Conselho da Europa ou a União Africana. Mesmo que a perspetiva de direitos humanos não seja introduzida no combate à corrupção, já existem muitas vias para alcançar aquele desiderato (ainda que, como referimos, se possa duvidar muito da capacidade daquelas chamadas de atenção para persuadir os Estados a mudar o seu desempenho). Idênticas considerações podem ser tecidas a respeito do reforço da proteção dos direitos humanos em geral e de alguns direitos civis e políticos em especial (liberdade de expressão e de imprensa¹⁰⁰, por exemplo) enquanto *medida preventiva* no combate à corrupção. Esta proteção já é exigida dos Estados por força dos seus compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, pelo que não nos parece que seja a adoção de uma perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção a fazer a diferença. Parece haver aqui alguma circularidade entre os argumentos relativos às implicações recíprocas da defesa dos direitos humanos e das estratégias anticorrupção e os argumentos sobre as vantagens da adoção de uma perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção. O que interessa saber não é tanto de que modo é que os “princípios de direitos humanos” podem contribuir para o combate à corrupção¹⁰¹, mas de que modo é que a integração dos padrões de direitos humanos no combate à corrupção pode ser vantajosa na prática, ou seja – para parafrasearmos Philip Alston –, como é que os padrões e mecanismos de direitos humanos podem ser usados para aumentar a eficácia da luta contra a corrupção e como é que esta luta pode ser levada a cabo de modo mais “amigo dos direitos humanos”¹⁰². Uma resposta consequente a estas perguntas não poderá ficar-se simplesmente pela afirmação de que a proteção dos direitos humanos – como a boa governança –

¹⁰⁰ Sobre o papel crucial desempenhado pela liberdade de imprensa no combate à corrupção, cf. AYO BRUNETTI e BEATRICE WEDER, “A free press is bad news for corruption”, in *Journal of Public Economics*, vol. 87, 2003, pp. 1801-1824.

¹⁰¹ Como pergunta o ACNUDH. Informação disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx> [12.06.2017].

¹⁰² Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 800.

ajudará a criar um ambiente inóspito a práticas corruptas¹⁰³ e de que as vítimas ocupam um lugar central nas estratégias anticorrupção¹⁰⁴.

Não é de hoje que os defensores de “perspetivas de direitos humanos” são criticados por usarem formulações e conceitos excessivamente vagos e por não oferecerem indicações práticas úteis. Pronunciando-se a respeito das perspetivas de direitos humanos para os programas de apoio ao desenvolvimento, Philip Alston observou que tais formulações e conceitos surgem aos olhos dos operacionais no terreno (na sua maioria, economistas) como abstratos, imprecisos e de pouca ajuda em situações concretas, desde logo, por não atenderem a muitas das complexidades envolvidas nas decisões a tomar e nas concessões a fazer no mundo real¹⁰⁵. Isto é assim, mesmo que os critérios avançados no quadro de perspetivas de direitos humanos tenham apoio em instrumentos jurídicos (por norma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948) e/ou em recomendações emitidas pelos organismos internacionais de supervisão do cumprimento dos tratados de direitos humanos, já que tanto uns como outras são extremamente vagos nos respetivos enunciados. A referência aos direitos humanos consagrados pela Declaração Universal ou pelos tratados de direitos humanos não resolve (antes levanta) o problema de saber como compatibilizar esses direitos na prática. As recomendações emitidas pelos organismos de supervisão poderiam

¹⁰³ Nem pela afirmação de que, onde os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos forem respeitados, a corrupção diminuirá drasticamente, como se lê no estudo do International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 3; ver também pp. 10-14, onde o International Council analisa de que modo os direitos humanos podem funcionar como medidas preventivas de combate à corrupção.

¹⁰⁴ A centralidade conferida às vítimas é hoje uma característica recorrente dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, sem que isso signifique que os especialistas de direitos humanos a operar no terreno tenham os conhecimentos e a capacidade para aplicar os princípios subjacentes a esta nova abordagem (“principles of victim orientation”). Cf. German Institute for Human Rights, *The Meaning and Implementation of Victim Orientation in the Treaty Bodies of the United Nations*, 2015, disponível em http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Dokumentation/Documentation_The_Meaning_and_Implementation_of_Victim_Orientation_in_the_Treaty_Bodies_of_the_United_Nations_Berlin_2014.pdf [24.07.2017]. Por outro lado, a atenção dispensada às vítimas, como aos grupos marginalizados e excluídos, típica das “perspetivas de direitos humanos”, não deve fazer-nos perder de vista que, historicamente, os sistemas de direitos humanos têm beneficiado sobretudo os mais ricos e poderosos, não os mais pobres e desfavorecidos. Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, pp. 805-806. Para uma ilustração desta tendência, veja-se o modo como, no Quênia, as garantias processuais têm servido para inviabilizar condenações por corrupção de membros do governo. Cf. JAMES THUO GATHII, “Defining the relationship between human rights and corruption”, *op. cit.*, pp. 160-171.

¹⁰⁵ Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 802.

ajudar a resolver este problema, mas, como explica Alston, os organismos de supervisão encontram-se ainda num estágio embrionário do seu desenvolvimento e dispõem de poucos recursos financeiros, pelo que o seu trabalho deixa muito a desejar, quer no que toca à operacionalidade quer no que toca à fundamentação das recomendações que adotam¹⁰⁶. Dir-se-á que a situação melhorou significativamente desde que Alston fez o seu diagnóstico ou que este diagnóstico só vale para as abordagens de direitos humanos aplicadas aos programas de apoio ao desenvolvimento, mas a verdade é que estudos mais recentes e centrados na luta anticorrupção, como o do International Council que temos vindo a referir ao longo deste texto, também sugerem que um dos obstáculos a uma maior sinergia entre especialistas em direitos humanos e especialistas anticorrupção reside no facto de, aos olhos destes últimos, a linguagem e os conceitos de direitos humanos serem demasiado abstratos e a perspetiva de direitos humanos não oferecer soluções práticas¹⁰⁷.

O problema é reconhecido pelo próprio Comité Consultivo no seu relatório¹⁰⁸, mas a solução que este propõe nas suas recomendações finais é a realização de ainda mais um estudo pelos órgãos competentes do Conselho de Direitos Humanos. Segundo o Comité Consultivo, será difícil desenvolver estratégias ou medidas concretas de modo abstrato, pelo que se afigura mais útil identificar boas práticas a partir das quais definir diretrizes gerais¹⁰⁹. Para identificar boas práticas e desenvolver diretrizes, será necessário levar a cabo um estudo abrangente que defina medidas concretas para estabelecer a ligação entre medidas anticorrupção e uma perspetiva de direitos humanos na prática. O estudo poderá considerar: a) de que modo é que as instituições anticorrupção podem melhorar o seu trabalho através da incorporação de uma perspetiva de direitos humanos; b) de que modo é que as instituições de direitos humanos podem alargar o alcance do seu trabalho

¹⁰⁶ Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, pp. 803-804 e 811-812.

¹⁰⁷ Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, *cit.*, p. 69.

¹⁰⁸ “It is largely accepted that there is a need to link anti-corruption measures with the realization and protection of human rights. What is missing at this stage, however, is strategies to translate the substantive linkage into concrete measures”. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, *cit.*, § 48. Antes, o Comité Consultivo havia dado conta do interesse de muitos dos seus inquiridos em ter diretrizes precisas sobre como integrar os direitos humanos nas estratégias anticorrupção e do convite feito por eles aos organismos relevantes das Nações Unidas para que desenvolvam e apresentem guias de boas práticas sobre esta matéria (§ 41).

¹⁰⁹ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, *cit.*, § 48.

através da consideração da corrupção como um motivo para a violação de direitos humanos; e c) de que modo é que o trabalho das instituições anticorrupção e das instituições de direitos humanos pode ser interligado nos planos substantivo, estrutural e organizacional¹¹⁰. O estudo deverá ainda encontrar critérios para estabelecer se um ato de corrupção conduz a uma violação de direitos humanos (e, pela inversa, se uma violação de direitos humanos conduz a corrupção) e poderá definir uma lista de características e indicadores para tornar operacional a ligação entre corrupção e direitos humanos¹¹¹. Teremos de aguardar para ver o que daqui resulta¹¹².

Tudo indica que a mais-valia da perspectiva de direitos humanos enquanto novo método no combate à corrupção reside sobretudo numa maior coordenação institucional, quer entre agências de combate à corrupção e agências de defesa dos direitos humanos (no plano interno dos Estados e no plano internacional), quer entre estas e os organismos internacionais de supervisão do respeito pelos padrões internacionais de direitos humanos. É nestes aspetos que o Comité Consultivo se detém quando procura saber, a partir dos dados fornecidos por Estados, agências nacionais de direitos humanos, ONG e outros grupos de interesse, se já existem, a nível nacional, experiências de integração de uma perspectiva de direitos humanos na luta contra a corrupção. O Comité observa, por exemplo, que alguns órgãos de supervisão estaduais manifestaram interesse em trabalhar em conjunto com

¹¹⁰ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 49.

¹¹¹ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 50.

¹¹² Já existem algumas sugestões sobre como operacionalizar a integração de uma perspectiva de direitos humanos na luta contra a corrupção, avançadas por entidades externas às Nações Unidas, como o International Council que temos vindo a citar. O International Council sugere, por exemplo, que as agências de direitos humanos e anticorrupção trabalhem em conjunto na adoção de políticas e/ou de legislação para reduzir o secretismo dos processos de tomada de decisão e para assegurar o acesso à informação; na promoção de campanhas em prol da liberdade de expressão e do pluralismo dos meios de comunicação social; no desenvolvimento de códigos deontológicos em diálogo com juizes e procuradores, etc. Cf. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 70 e 72. Atenta a influência que o estudo de 2009 do International Council claramente exerceu sobre o relatório do Comité Consultivo, não será de estranhar que muitas das boas práticas e diretrizes a desenvolver pelos órgãos competentes do Conselho de Direito Humanos também acompanhem aquele estudo de muito perto. Bem como o estudo complementar, de 2010. Cf. International Council on Human Rights Policy, *Integrating Human Rights in the Anti-Corruption Agenda: Challenges, Possibilities and Opportunities*, 2010, disponível em http://www.ichrp.org/files/reports/58/131b_report.pdf [20.07.2017].

organizações da sociedade civil e organizações de direitos humanos¹¹³, mas também que, em muitos Estados, a cooperação entre instituições anticorrupção e instituições de direitos humanos é meramente informal (com reuniões, ações de formação comuns, trocas de informações, etc.), enquanto em alguns Estados a cooperação não existe, é ineficaz ou ocorre a título meramente pontual¹¹⁴. Nas suas recomendações finais, o Comité Consultivo defende o uso dos procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos para integrar uma perspetiva de direitos humanos nas estratégias anticorrupção. O enunciado não é muito claro, mas parece que o Comité recomenda o estabelecimento de um mandato específico sobre o impacto negativo da corrupção para o gozo dos direitos humanos, para examinar, supervisionar, aconselhar e reportar violações de direitos humanos causadas pela corrupção, a confiar a um indivíduo (relator especial ou perito independente) ou a um grupo de trabalho composto por cinco peritos¹¹⁵. Para além deste mandato temático específico, o Comité recomenda que cada mandato (relator ou grupo de trabalho) sobre um tema de direitos humanos ou sobre a proteção dos direitos humanos num dado Estado em particular preste atenção ao nexo existente entre corrupção e direitos humanos¹¹⁶. O Comité recomenda igualmente que a

¹¹³ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights, cit.*, § 36.

¹¹⁴ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights, cit.*, § 37.

¹¹⁵ Não se percebe se se trata de um procedimento ou de dois procedimentos paralelos. Numa primeira leitura, parece que se trata desta segunda hipótese, ou seja, de um mandato específico para examinar, supervisionar, aconselhar e reportar grandes casos de violações de direitos humanos (a confiar a um indivíduo – relator especial ou perito independente – ou a um grupo de trabalho composto por cinco peritos), por um lado, e da nomeação de um perito independente ou de um grupo de trabalho para avaliar as violações de direitos humanos causadas pela corrupção, por outro lado. “The Advisory Committee recommends using the special procedures of the Human Rights Council to integrate a human rights perspective into anti-corruption strategies. Within the framework of the United Nations human rights bodies, a special procedures mandate (thematic mandate) could be established to examine, monitor, advise on and report on major phenomena of human rights violations. Such a mandate can be given to an individual – i.e. to a special rapporteur or an independent expert – or to a working group of experts (composed of five members). With regard to the issue of assessing the violation of human rights caused by corruption, it is appropriate to establish either an independent expert or a working group”. A sequência do texto faz-nos propender, no entanto, para a interpretação que apresentamos em texto. “Alongside the establishment of a specific mandate on the thematic issue of the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights, every thematic and country mandate should consider paying attention to the linkage between corruption and human rights”. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights, cit.*, § 52.

¹¹⁶ O Comité Consultivo remata o parágrafo com a observação de que, dada a amplitude e a complexidade do assunto, se afigura adequada a constituição de um grupo de trabalho com cinco membros. Atenta a sequência do enunciado, não é claro se esta recomendação vale para todos os

questão da corrupção como possível causa da violação de direitos humanos seja integrada no mecanismo de revisão periódica universal¹¹⁷ e que, no quadro da apreciação das queixas submetidas ao Conselho de Direitos Humanos, seja prestada especial atenção a possíveis violações de direitos humanos causadas pela corrupção¹¹⁸. Por fim, o Comité Consultivo sublinha a necessidade de diálogo e coordenação entre os diferentes organismos e agências das Nações Unidas e destes com outras organizações internacionais a lidar com estratégias anticorrupção, para que se conheçam melhor, partilhem informação e se articulem na definição das medidas a adotar¹¹⁹.

Estas recomendações do Comité Consultivo são quase tão exasperantes quanto a ideia de fazer um novo estudo para identificar maneiras de operacionalizar a perspetiva de direitos humanos no combate à corrupção. À semelhança de outros defensores de perspetivas de direitos humanos¹²⁰, o Comité Consultivo parece

mandatos referidos antes (ou seja, o mandato sobre corrupção e direitos humanos, os mandatos temáticos sobre outras questões de direitos humanos e os mandatos sobre Estados específicos) ou só para o novo mandato sobre corrupção e direitos humanos, ainda que esta segunda linha interpretativa nos pareça mais razoável. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 52.

¹¹⁷ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 53.

¹¹⁸ *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 54.

¹¹⁹ Mais uma vez, o enunciado das recomendações não é muito claro. Numa primeira leitura, parece que o último parágrafo das recomendações só versa sobre os organismos de combate à corrupção – desde logo, o Gabinete das Nações Unidas para o Controlo da Droga e a Prevenção do Crime, guardião da Convenção contra a Corrupção – e não sobre um diálogo interinstitucional entre organismos de combate à corrupção e organismos de defesa dos direitos humanos. “There is a strong need for United Nations bodies and organizations to enter into dialogue with each other and with other international organizations dealing with anti-corruption strategies. This inter-institutional approach should include, in particular, the United Nations Office on Drugs and Crime, as the guardian of the United Nations Conventions against Corruption. It is of utmost importance that all the institutions involved have a good knowledge of each other, that they share all information, and that they establish linkages between the measures that they take. The mutual consideration and integration aims at building a network in order to act more effectively in an anti-corruption alliance”. *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, cit., § 55. A este respeito, o apelo à coordenação interinstitucional feito pelo ACNUDH é mais explícito. “There is an urgent need to increase synergy between inter-governmental efforts to implement the United Nations Convention against Corruption and international human rights conventions. This requires strengthened policy coherence and collaboration between the intergovernmental processes in Vienna, Geneva and New York, UNODC, UNDP, OHCHR and civil society”. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx> [12.06.2017].

¹²⁰ Cf. PHILIP ALSTON, “Ships passing in the night...”, *op. cit.*, p. 826.

idealizar a eficácia dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas e confiar que quanto maior for o número destes mecanismos melhor. Só assim se compreende a insistência na criação de um relator especial/grupo de trabalho específico sobre corrupção e direitos humanos¹²¹, quando existe já um muito extenso acervo de estudos e recomendações sobre a matéria e se sabe ser prática comum a consideração deste assunto pelos organismos de supervisão do cumprimento dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. Dir-se-á, a respeito deste último ponto, que as recomendações do Comité Consultivo têm o mérito de exortar *todos* os organismos de supervisão a incluir o tema da corrupção nos seus trabalhos, mas a experiência também nos diz que este tipo de exortações atinge rapidamente um ponto de saturação que as torna contraproducentes¹²². Importa, para além disso, não subestimar os limites com que se deparam os mecanismos/organismos de direitos humanos na sua capacidade de supervisão e de garantia do respeito pelos direitos. Isto é válido tanto para o plano internacional como para o plano interno dos Estados. Especificamente no que respeita às agências nacionais de direitos humanos, importa ter presente que estas continuam a ter, em muitos países, um papel pouco mais do que figurativo¹²³, quando não enfermam elas próprias de corrupção, mau grado os esforços envidados pelo ACNUDH e pelo Conselho de Direitos Humanos no sentido de reforçar a sua atuação e a sua independência em linha com os *Princípios de Paris*¹²⁴.

5. Considerações finais

¹²¹ Refira-se, no entanto, que uma proposta semelhante tem vindo a ser defendida pela organização Transparency International. Cf. GARETH SWEENEY, "Linking acts of corruption with specific human rights", *cit.*, p. 5.

¹²² Convocamos aqui, por analogia, a análise feita por Philip Alston a respeito das recomendações de que os organismos de direitos humanos tomassem em consideração os ODM nos seus trabalhos. "First, whenever a special focus arises, the treaty bodies are entreated to pay special attention to it, with the result that many of the calls made meet with all too little responsiveness. Experience to date tends to point to the emergence of a rapid saturation point in reaction to such calls. While each special focus is entirely valid on its own terms, the fact remains that already overloaded committees will be loathe to add to their agendas unless a strong, targeted, case can be made". Cf. PHILIP ALSTON, "Ships passing in the night...", *op. cit.*, p. 821.

¹²³ A título meramente ilustrativo, considere-se a nossa apreciação da atuação do Provedor de Justiça angolano. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, "Os direitos humanos em Angola", in Patrícia Jerónimo (org.), *Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono: O Estado da Arte*, OLDHUM, 2015, pp. 23-25, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35271> [23.07.2017].

¹²⁴ *Principles Relating to the Status of National Institutions*, adotados pela Resolução 48/134 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1993, disponíveis em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx> [24.07.2017].

Apesar de as perspectivas de direitos humanos como a que é defendida pelo Comité Consultivo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas terem muito de *wishful thinking*, não é difícil reconhecer-lhes alguns méritos, como o de chamar a atenção para os custos sociais e humanos da corrupção e o de sublinhar a necessidade de promover uma maior coordenação interinstitucional na definição e aplicação de estratégias anticorrupção “amigas dos direitos humanos”. Não custa, desde logo, admitir que a ação cumulativa de agências nacionais e de organismos internacionais de direitos humanos em casos de corrupção – sem constituir uma solução infalível nem substituir os tradicionais mecanismos anticorrupção de Direito Penal – pode contribuir positivamente para uma maior responsabilização dos detentores do poder e para a criação de desincentivos a práticas corruptas, atenta a visibilidade política e mediática que umas e outros atraem para os casos que apreciam e a abertura de *fora* alternativos onde os ativistas de direitos humanos podem reagir contra práticas de corrupção quando a via judicial não esteja disponível. É também previsível que uma ação concertada entre agências de direitos humanos e agências anticorrupção – a nível nacional e também no plano internacional – colha benefícios, apesar das diferenças de linguagem e da ausência de claras diretrizes sobre o(s) modo(s) de operacionalizar aquela concertação. Resta-nos esperar que o guia de boas práticas “encomendado” pelo Comité Consultivo possa vir trazer alguma luz a esta matéria.

REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS SOBRE A CRIMINOLOGIA, A PROPÓSITO DA CONSIDERAÇÃO DE FORMAS DE VIGILÂNCIA SOBRE OS CIDADÃOS SEM LIMITES NUM FUTURO MAIS OU MENOS PRÓXIMO

*Fernando Conde Monteiro**

O estatuto epistemológico da criminologia: alguns considerandos

Introdução

É discutível saber-se quando é que a criminologia se estabeleceu enquanto ciência. De qualquer maneira, não iremos propriamente tomar posição sobre esta questão epistemológica. Efetivamente e para nós é este problema algo secundário. De facto, mais importante do que a definição de um ponto de partida histórico é a questão da discussão epistemológica desta disciplina que dá pelo nome de criminologia.

O estudo do crime como fundamento epistemológico primário da criminologia

Ponto de partida: a busca da verdade

A criminologia, etiologicamente, significa estudo do crime.¹ Portanto, neste sentido, nem toda a reflexão sobre o crime expressa algo epistemologicamente

* Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Tal deriva da junção de duas palavras: crime (do latim *crimen*), com *logia* (do grego *logos* com o sufixo *ia*). Significa assim estudo, ciência, tratado do crime. Cf., neste sentido, Dicionário da Língua

relevante, ou seja, compreende um determinado saber sobre esta realidade. Efetivamente, tratando-se de uma ciência, busca-se algo mais do que uma mera reflexão (individual) sobre um determinado *quid*.² Procura-se obter a verdade através de um conjunto de métodos que possam filtrar o falso do verdadeiro. Deste modo, a verdade a alcançar há de configurar-se como algo de válido em si mesmo, de âmbito universal, com uma validade objetiva, impondo-se deste modo. Entrar-se-á assim no mundo da certeza, como expressão de relações puramente lógicas (ciências matemáticas, lógicas) ou da sua aplicação (logicidade) ao mundo fenomenal (ciências empíricas).

Um modelo deste teor implicou um extraordinário avanço, quer no plano do conhecimento da realidade em que vivemos (aspeto teórico), quer na sua transformação através da sua aplicação prática (tecnologia). O mundo atual é em larga medida filho desta perspetiva.³

Este entendimento, apesar de tudo, não deixa de sofrer várias debilidades epistemológicas. A existência nas matemáticas de *proposições indecidíveis* fez ruir em definitivo o projeto *hilbertiano* da axiomatização destas.⁴ Por outro lado, o objeto das ciências empíricas (mundo fenomenal) configura-se como algo necessariamente limitado, mesmo distorcido pelos nossos quadros percetivos e nessa medida não nos podendo dar a verdade (absoluta) do mesmo;⁵ ainda pela

Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, Vols. I, criminologia, II, logia, 2001.

² Lembremos igualmente o conceito de *doxa* na Antiguidade em contraposição à *episteme*; sobre isto, Franklin, Karen, Os conceitos de *Doxa* e *Episteme* como determinação ética em Platão, Educar em Revista, n.º 23, Curitiba, 2004, Editora UFPR, pp. 374-375.

³ Para uma reflexão sobre alguns dos aspetos mais característicos das nossas sociedades atuais, Monteiro, Conde, "Algumas Reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise", Revista Jurídica da Universidade Portucalense, 15, 2012, pp. 69 – 88.

⁴ Sobre isto, Devlin, Keith, Matemática, A Ciência dos Padrões, trad., Porto, Porto Editora, 2002, pp. 67 -71. Para maiores desenvolvimentos no âmbito da própria matemática, Cohen, Paul J., Set theory and the continuum hypothesis, New York, W. A. Benjamin, 1996.

⁵ Lembremos desde logo a contribuição *humaniana*, passando pelo criticismo kantiano, para desembocar na psicologia gestaltista e nos limites do conhecimento humano expressos pelas ciências neurológicas, de que de resto a própria evolução científica disto mesmo deu testemunho (v.g. relativismo do espaço-tempo, paradoxos imanentes à física quântica, princípio do indeterminismo, etc.). Sobre o agnosticismo no âmbito destas ciências (físicas), L. Laudan., in Progress and its problems, Berkley, University of California Press, 1977, pp. 125-127, afirma: "ninguém foi capaz de dizer sequer o que deve entender-se por "mais perto da verdade", para já não falarmos da apresentação de critérios determinando como se poderia medir essa proximidade."

exiguidade da metodologia adotada, consistente na exigência de precisão das proposições, sua quantificação, testabilidade e refutabilidade.⁶

Em conclusão, a busca da verdade, mesmo no puro plano da logicidade ou das ciências empíricas mais básicas, revelou-se uma utopia.

A partir daqui compreende-se as enormes dificuldades que as disciplinas que se ocupam dos comportamentos humanos necessariamente contêm. Dada a complexidade destes e a impossibilidade de decompô-los nos seus elementos mais simples para assim se poderem estabelecer relações de causalidade, a metodologia em causa não se lhes pode aplicar.⁷ Tal não significa necessariamente que se trate de realidades puramente opacas. Significa apenas bem maiores limitações epistemológicas comparativamente com realidades de maior simplicidade. Deste modo, a construção do conhecimento nestas áreas acaba por se tornar ambivalente. A par de afirmações mais ou menos coincidentes com os fenómenos observados, existem outras afirmações indemonstráveis, pertença de sujeitos individuais ou grupos de pessoas (correntes de opinião), onde desde o lugar-comum e o preconceito até ao senso comum, tudo poderá inevitavelmente ter lugar.⁸

A criminologia enquanto realidade empírica e normativa

Aspetos históricos

Introdução

Iremos enunciar, sem carácter exaustivo, algumas das tendências mais marcantes desenhadas no âmbito da história da criminologia, somente com o intuito para a partir daqui discutir melhor o estatuto atual da criminologia.

⁶ Sobre a ideia *popperiana* de considerar a falsificabilidade como elemento de demarcação entre conhecimentos científicos e não científicos, Popper, Karl, *Conjectures and Refutations*, Londres, Routledge and Keagan Paul, 1963, pp. 33-39. Em sentido crítico, Blackburn, Simon, *Dicionário de Filosofia*, The Oxford Dictionary of Philosophy, Oxford University Press, 1994, trad., Lisboa, Gradiva, 1997, pp. 159-160.

⁷ Cf., neste sentido, Monteiro, Conde, *As Finalidades das Penas no Âmbito do Artigo 40.º do Código Penal*, Estudos de Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha, Fundação Universidade Portuguesa Infante D. Henrique, 1999, pp. 326-327.

⁸ A afirmação *witgensteiniana* de que sobre o que se não sabe não se deve falar não se tem aplicado aqui, em definitivo. Sobre estas disciplinas, cf. Monteiro, Conde, *Algumas reflexões epistemológicas sobre o direito penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 759-760.

A escola clássica

Introdução

Um primeiro ponto de referência histórico sobre o nascimento da criminologia diz respeito ao surgimento da designada *escola clássica*. Tratou-se de um movimento de cariz filosófico-ideológico, caracterizado, antes de mais, por um profundo criticismo da sociedade antiga (*ancien régime*) e pelo advento de um conjunto de princípios fundamentadores do estado de direito de feição liberal. Não encontramos nele nenhuma novidade no plano metodológico (ao nível da investigação nomeadamente), mas tão só a afirmação de um conjunto de proposições que se iriam transformar em dogmas do moderno direito penal, orientadas pelo racionalismo então dominante.

A essência da nova filosofia: os direitos fundamentais e o estado

O ponto de partida filosófico-ideológico era o ser individual (liberalismo). Este era à partida concebido como um ser portador de uma igual essência (a sua humanidade), donde se deduziam um conjunto de direitos, divorciados deste modo de qualquer ente divino (conceção imanentista e laica do ser humano). Eram, por conseguinte, considerados como direitos naturais, universais, inalienáveis. O estado deveria aqui intervir apenas como um mal necessário com o intuito de assegurar o seu efetivo exercício, que sem a sua intervenção não poderia ter lugar por via da conflitualidade previsivelmente gerada e das suas consequências nefastas. Estaria, portanto, esta ação limitada a um mínimo de intervenção (princípio da mínima lesão), assegurando a paz necessária ao desenvolvimento das ações dos indivíduos. O estado em causa seria também desconcentrado, com órgãos interdependentes e legitimado democraticamente pela vontade popular (democracia liberal).

O novo olhar sobre o crime

Introdução

As reflexões feitas pelos autores iluministas de cariz liberal sobre a fenomenologia criminal incidiram menos propriamente sobre o crime em si, as suas eventuais causas, os criminosos, etc. e mais sobre o sistema penal tradicional que se arrastava ao longo dos séculos e que de nenhum modo se adequava às novas realidades em curso.

As críticas fundamentais

Irrracionalidade, arbítrio, falta de clareza, dureza, excessividade, injustiça, desigualdade e ineficácia foram algumas das principais críticas feitas ao direito penal vigente. Tratou-se assim de uma reflexão crítica racionalista apoiada na nova visão do ser humano, encarado como ser livre e das suas repercussões num novo modelo de estado e daqui para o direito penal, a constituir.

O novo direito penal emergente

Desta perspetiva derivou uma autêntica revolução copernicana no âmbito jurídico-penal. O princípio da legalidade, defendido por estes autores, impôs-se como um axioma incontestado, corporizado no movimento codificador do séc. XIX e assim intentando espelhar a claridade luminosa de que o direito deveria expressar.⁹ Ao mesmo tempo e sob a sua influência, colocou-se fim às penas cruéis e infamantes de que o direito penal havia sido arauto ao longo de milénios, introduzindo-se como pena cada vez mais relevante do sistema a pena de prisão.¹⁰ E tudo isto teve lugar invocando-se a ineficácia dos anteriores sistemas e colocando a tónica no utilitarismo, dele fazendo depender a legitimidade (empírica) do direito penal, através da invocação das prevenções especial e geral negativas como formas de efetivação de um desprazer maior que o prazer derivado da prática do crime

⁹ Como exemplo paradigmático disto encontramos o Código penal francês de 1791 com o seu sistema de penas fixas.

¹⁰ De notar que de qualquer maneira a pena de morte, a par de outras penas, como o desterro, pena de prisão com trabalhos forçados, etc. continuaram a ser aplicadas, conferindo ao novo direito penal vigente características de grande dureza (a própria pena de prisão ao ser cumprida em isolamento tornou-se um verdadeiro suplício para o recluso). Teríamos assim que esperar pela evolução no tempo da consciência dos decisores políticos para que o sistema se tornasse cada vez mais humano. No entanto, deve-se em abono da verdade referir o importante e fundamental contributo dado por este movimento na reforma do cruel e infamante sistema antigo; sobre desde logo a influência de Beccaria e do seu livro *Dei Delitti e Delle Pene* em reformas do sistema penal à altura da sua publicação feitas, Tomas y Valiente, *De Los Delitos y De Las Penas, Introducció n*, notas y traducció n, Aguilar, pp. 21-22.

(pense-se, por exemplo, em Beccaria,¹¹ também em Feuerbach¹²) ou de um sofrimento calculado em função do dano social, Bentham¹³), a ser efetivado sem delongas por um sistema penal proporcionado.

Encontramo-nos deste modo perante a introdução da modernidade no direito penal, constituindo um legado até aos nossos dias.¹⁴

O advento da estatística na criminologia (início do positivismo)

O século XIX assistiu à aplicação com cada vez maior abrangência de um novo sistema anteriormente desenvolvido de aceder ao conhecimento da realidade. Este novo sistema designou-se por estatística e o seu uso perpetuou-se até aos nossos dias. A sua aplicação ao nível da criminalidade oficialmente registada (criminalidade oficial) gerou, como não podia deixar de ser, a chamada de atenção das pessoas que se interessavam pelo fenómeno da criminalidade. Começou-se a estudar, com cada vez mais ênfase, neste domínio, metodologicamente estribado, o problema criminal. Não espantou por isso que dos trabalhos que desde logo se realizaram, se enunciassem algumas das leis sobre o crime ainda hoje em vigor com maior ou menor latitude.¹⁵ Deste modo, as portas abriram-se para a investigação empírica do fenómeno criminal.¹⁶

¹¹ Neste sentido, De Los Delitos y De Las Penas, Introducción, notas y traducción de Tomas y Valiente, Aguilar, p. 112.

¹² Lehrbuch der gemein in Deutschland gültig Peinlichen Rechts, 1847, §13. Sobre isto, Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention Eine Srtafrechtstheoretische Untersuchung, 1976, pp. 62 e segs.; Carvalho, Taipa de, Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal, in BFDUC, vol. LVIII, pp. 1088-1089.

¹³ Principles of Morals and Legislation, Harrison, 1948, p. 189. Sobre isto, Westmarland, Louise, *Classicism*, in The Sage Dictionary of Criminology, Compiled and edited by Eugene Mclaughlin and John Muncie, London, Thousand Oaks, New Delhi, Sage Publications, 2001.

¹⁴ Para uma caracterização sumária e crítica deste movimento, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, Criminologia, O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 5 – 10; Cusson, Maurice, Criminologia, 2.º ed., Casa das Letras, trad., 2002, pp. 42-53.

¹⁵ Sobre isto, Debuyst, Christian; Digneffe, Françoise; Labadie, Jean-Mischel; Pires, Alvaro P., Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1. Des Savoirs Diffus à la Notion de Criminel-Né, Belgique, De Boeck University, 1995, 6.ª tirage, 2006, pp. 141 – 152; Cusson, Maurice, idem, pp. 54-58.

¹⁶ Neste sentido, Debuyst, Christian; Digneffe, Françoise; Labadie, Jean-Mischel; Pires, Alvaro P, idem, pp. 152-169. De notar desde logo que o mapeamento das zonas do crime feito nesta altura viria a ser retomado pela escola de Chicago no início do séc. XX. De qualquer maneira, é a partir da segunda metade do séc. XIX que os contornos da sociologia criminal se vão desenhar, sobre isto, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, op. cit., p. 23 e segs. 152-169

O positivismo italiano (consagração do positivismo)

Se anteriormente, por via do método seguido a predominância era sociológica, com Lombroso dá-se uma viragem de perspectiva, também ela produzida pela questão metodológica. Médico legista, ao crime interessava-lhe predominantemente a análise clínica do criminoso, naturalmente. Foi por aí que começou. Esta via conduziu-o, com todos os excessos e erros cometidos,¹⁷ ao domínio da antropologia criminal. De notar, contudo, que também aspetos sociais tiveram aqui presentes, admitidos pelo próprio Lombroso,¹⁸ e principalmente por Ferri.¹⁹ Estava assim aberto o caminho, metodologicamente ancorado numa perspectiva etiológica de cunho positivista.²⁰

O caminho clássico da criminologia: o continuar do positivismo

Doravante a criminologia foi-se realizando fundamentalmente a partir de métodos quantitativos e qualitativos herdados do séc. XIX e enriquecidos a partir do séc. XX.²¹

O interacionismo

A escola de Chicago

Desenvolvida a partir do interacionismo simbólico e usando de uma panóplia de diversificados métodos, quer quantitativos, quer qualitativos, visou esta escola intentos pragmáticos, que acabaram por serem em larga medida frustrados,

¹⁷ Sobre isto, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, *idem*, pp. 17-19.

¹⁸ Sobre desde logo o posicionamento do próprio Lombroso relativamente a esta questão, cf. Cusson, Maurice, *op. cit.*, pp. 61-62; Alvarez, Marcos César, *O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos para uma História da Criminologia do Brasil, Teoria & Pesquisa*, 47, Julho/Dezembro de 2005, pp. 79-82.

¹⁹ Lembremos desde logo a sua *Sociologia Criminale* de 1884.

²⁰ Neste sentido, Cusson, Maurice, *op. cit.*, pp. 72-80; afirmando o seu legado nos E.U.A, Simon, Jonathan, “How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first”, pp. 2135-2172.

²¹ Para uma análise dos principais métodos utilizados na criminologia, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, *idem*, pp. 91-150.

ficando de qualquer maneira o legado imponente de se ter afirmado como a primeira escola de sociologia norte-americana.²²

O triunfo do interacionismo

A partir da década de sessenta, originou-se, no mundo ocidental, um movimento geral de contestação do status quo vigente. A criminologia não ficou a isso imune. Coube ao designado interacionismo sociológico o papel de uma radical contestação do sistema penal vigente, visando predominantemente expor os seus critérios de seleção ao nível legal, informal e institucional (nomeadamente das prisões). A via aberta para uma reforma global do sistema legal e particularmente das prisões estava delineada.²³

A Containment Theory de Reckless

Perspetivada a partir dos antípodas das teorias criminológicas, baseadas no positivismo e assim se enredando pela busca de causalidades, procurou esta teoria estabelecer relações (probabilísticas) entre fatores de resistência externos e internos ao crime e a prática deste. Noutros termos estabeleceu a ideia de controlo do crime como seu axioma fundante.²⁴

A criminologia ambiental e o seu racionalismo economicista

Se se pensasse que as análises racionalistas, positivistas, interacionistas ou de controlo esgotavam a fenomenologia criminal, dir-se-ia que haveria algo mais a explorar. Efetivamente o crime podia ser (e foi-o largamente) encarado como uma realidade a ser fundamentalmente evitada, preventivamente.²⁵ Já aqui não se trata de averiguar o porquê do crime acontecer a partir de fatores inerentes ao delinquente ou à sociedade, encarados como fenomenologias patológicas de

²² Sobre esta escola, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, op. cit., pp. 268 – 288; Ferrell, Jeff/Hayward, Keith/Young, Jock, *Cultural criminology: an invitation*, 2nd. ed., Los Angeles, Sage, p. 32.

²³ Sobre isto, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa. Idem, pp. 342- 361.

²⁴ Sobre esta, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, idem, pp. 218- 222;

²⁵ Lembremos desde logo Beccaria, *De Los Delitos y De Las Penas*, Introducción, notas y traducción de Tomas y Valiente, Aguilar, p.180.

ambos. Agora, pretende-se tão só evitar por meios técnicos que tal venha a acontecer, atuando sobre os fatores situacionais do mesmo (prevenção situacional),²⁶ pressupondo uma racionalidade por parte do delinquente, que tanto se poderá reconduzir a uma simples escolha racional do delinquente, na base de custos-benefícios envolvendo a situação concreta na prática do crime,²⁷ como em atividades de rotina.²⁸

Síntese conclusiva

O crime: caracterologia essencial

Independentemente do conceito e natureza que adotemos sobre o crime, o certo é que não poderemos obliterar a fundamental ideia de que em todo o tipo de fenómeno criminal encontramos duas essenciais características, a saber: uma realidade empírica e outra normativa. Efetivamente, o crime situa-se por inerência no mundo das significações axiológicas, independentemente da noção que adotemos (legal, criminológica, sociológica, cultural, etc.). É assim decorrente do inter-relacionamento humano e, portanto, dele não pode nunca abstrair. Depois, contém igualmente uma componente empírica, muito clara em atuações dolosas, quer por ação, quer por omissão, mas também na negligência, máxime na consciente.²⁹

A criminologia entre a normatividade e o empirismo

Como deixámos dito a criminologia não se limita a uma mera análise empírica do crime (e independentemente do sentido que possamos atribuir a este conceito). A vertente crítica de cariz axiológico, normativo sempre esteve presente e continua plena de sentido nos nossos dias, pela simples razão de que o crime, qualquer crime (objeto da criminologia) implica sempre uma essencial componente axiológica,

²⁶ Fundamentais, neste âmbito, Jeffrey, C. Ray, *Crime Prevention through Environmental Design*, Beverly Hills, Sage, 1971; Newman, Oscar, *Defensible Space: Crime Prevention through Urban Design*, New York, Mcmillan, 1972.

²⁷ Cornish, D./Clarke, R., *Understanding crime displacement: An application of rational choice theory*, *Criminology*, 25 (4), pp. 933-947.

²⁸ Felson, Marcus, *Routine Activities and Crime Prevention*, in *National Council for Crime Prevention, Studies on Crime and Crime Prevention, Annual Review*, vol. 1, Stockholm, Scandinavian University Press, 1992, pp. 30-34.

²⁹ Sobre isto, Monteiro, Conde, *Direito Penal I*, Braga, ELSA; 2015, pp. 1-2.

normativa, ética. Por outro lado, estas duas vertentes esgotam a análise criminológica. Efetivamente todas as perspectivas, a que, a título exemplificativo e de forma muito breve e, portanto, redutora, nos referimos, assim como as demais existentes ao longo da história da criminologia comungam de uma visão empirista na medida em que com maior ou menor profundidade procuram explicar o crime nos seus fatores intrínsecos a partir dos seus agentes ou/e do seu meio (social, situacional, etc.). Deste modo, toda a história da criminologia é uma tentativa de compreender o crime e, portanto, de conhecer a sua razão de ser, não apenas nas suas componentes empíricas, mas igualmente no âmbito axiológico e ético-normativo. Algo igualmente presente no intento de o controlar. O interacionismo, por exemplo, nas suas diferentes manifestações, não passa de uma tentativa empírica de explicar comportamentos humanos e sociais, fundado em metodologias empíricas também. O mesmo se passa no âmbito da criminologia ambiental, que ao colocar o ênfase no controlo preventivo do crime remete inexoravelmente para uma causalidade subjacente, a que também não são de todo alheios fatores éticos (pense-se, por exemplo, na generalização sem mais da videovigilância abstraindo de quaisquer limites éticos ou ético-jurídicos).

Questões epistemológicas derivadas da dupla natureza da criminologia

Os limites da criminologia

A complexidade do crime impede a sua total compreensão a partir de um paradigma etiológico-explicativo aplicado ao seu lado empírico. Nunca por isso poderemos conhecer o porquê da prática de crimes. Apenas poderemos operar no plano probabilístico.³⁰

O âmbito axiológico não é abarcado por qualquer ciência que possa cabalmente demonstrar a legitimidade universal e objetiva dos seus axiomas e dos consequentes desenvolvimentos normativos. Na melhor das hipóteses poderemos encontrarmo-nos perante relativismos históricos ou culturais e assim perante a contingência e logo o vazio epistemológico.³¹

³⁰ Cf., neste sentido, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, op. cit., p. 159.

³¹ Monteiro, Conde, "Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da

O controlo do crime encontra-se igualmente limitado por razões axiológicas. Senão muitas vezes por motivos empíricos. Nunca poderemos saber qual a melhor forma de controlar o crime eficazmente e ao mesmo tempo com menos custos axiológicos e mesmo financeiros.³²

Em conclusão, a criminologia é uma ciência necessariamente limitada em termos etiológicos, num plano axiológico e finalmente no âmbito do controlo do crime.

Criminologia e ideologia

Do exposto resulta de forma bem clara a impossibilidade de construção de uma ciência de carácter universal dotada de validade objetiva. Deste modo, constata-se a existência de diferentes escolas de pensamento criminológico, portadoras de diferentes perspetivas que chocam entre si.³³ Algo que igualmente tem lugar em virtude da ausência de um objeto (o crime), quer do ponto de vista etiológico (principalmente), mas ainda num plano axiológico e mesmo em termos de controlo. Efetivamente não serão precisas grandes elaborações teóricas de natureza gnosiológica para perceber que em termos etiológicos nada praticamente há de comum entre um homicídio doloso motivado por crenças religiosas e um homicídio por negligência ocasionado no âmbito do tráfego rodoviário e ainda muito menos entre estes e crimes dolosos de natureza sexual.³⁴ Por outro lado, a questão axiológica pode também determinar em larga medida o estatuto epistemológico de determinados crimes, a quebra do direito de privacidade em terrenos florestais, por exemplo, em consequência de um passeio dominical ou mesmo o furto de lenha seca na floresta,³⁵ por via da sua quase insignificância ética implicam um tratamento criminológico assaz diferente de muitas outras infrações penais (v.g., homicídio doloso ou negligente). Finalmente, a consideração dos controlos situacionais dos crimes também pode variar significativamente em função do tipo de delitos em causa. A violência doméstica ou a prática de crimes

República Portuguesa”, in *Política e Filosofia I: A Democracia em Questão = Politics and Philosophy I/Ed. Álvaro Balsa, SJ. In: Revista Portuguesa de Filosofia, Braga, Volume 72, 2016, pp. 1081-1086.*

³² Monteiro, Conde, *idem*, pp. 1084-1086.

³³ Afirmando a recíproca influência entre ideologias e criminologia ao longo da história desta, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, *op. cit.*, pp. 3-5.

³⁴ Neste sentido, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, *idem.*, pp. 157-158.

³⁵ Lembremos o famoso texto de Marx sobre este tema, *Debatten das Holzdiebstahlgesetz. Von einem Rheinländer*, in *Marx und Engels Werke*, Vol. 1, pp. 109-147.

sexuais entre membros de família não podem ser abordados neste plano nos mesmos termos dos crimes contra a propriedade, por exemplo.

Em conclusão, pode-se afirmar a existência de múltiplas ideologias sobre a fenomenologia criminológica, que por via dos problemas epistemologicamente anteriormente referidos, acabam por ou se tornarem teorias sobre determinados tipos de delitos (v.g., teorias socialista ou da anomia relativamente aos crimes patrimoniais ou económicos)³⁶ ou ainda se transmutarem em teorias de tal modo abrangentes que na tentativa de tudo explicar nada de significativo encerram (v.g., teorias socialistas clássicas que tudo atribuam às sociedades capitalistas).

Desafios atuais à criminologia

A evolução tecnológica e o combate ao crime: algumas considerações futurológicas

Introdução

Vivemos num mundo dominado pela tecnologia em que mudanças nos nossos paradigmas de vida estão a decorrer anunciando-se ainda mais radicais formas de vivência que só a ficção científica descreveu.³⁷ Deste modo, torna-se no mínimo arriscado fazer previsões sobre o futuro que estará para vir, a sua óbvia complexidade implica naturalmente ao menos alguma prudência sobre o que estará ou não para chegar. De qualquer maneira, não resistimos a enunciar tão só algumas questões que poderão naturalmente surgir em termos de mudanças de paradigma das nossas vidas e também relativamente à questão criminológica.

A vigilância como solução futurista (atual também) do crime

Rápida referência histórica

³⁶ Lembremos, por exemplo, Ferri e a sua posição relativamente à instauração do socialismo, apenas dele esperando o fim dos crimes patrimoniais, Dias, Figueiredo/Andrade, Costa, op. cit., p. 26.

³⁷ Sobre alguns dos riscos inerentes à utilização de robots, <http://tek.sapo.pt/noticias/computadores/artigos/cientistas-querem-garantir-proibicao-de-robots-militares-com-inteligencia-artificial>, acesso em 21/8/2017.

A ideia de uma sociedade onde tudo é objeto de vigilância não é nova. Independentemente das elucubrações providas da literatura e do cinema,³⁸ aquilo que mais cristalizou este tipo de realidade teve que ver com a experiência dos totalitarismos do séc. XX. O nacional socialismo e as experiências dos países socialistas expressaram de forma pungente a opressão derivada do uso de diferentes técnicas de controlo estadual sobre os cidadãos. Eram práticas ao serviço do poder político onnipotente que para permanecer tal qual, se pretendeu revelar omnisciente. O resultado de tudo isto foi como se sabe altamente trágico. A ideia de não mais voltar a este passado ficou então gravada.

O desenvolvimento das técnicas de vigilância e os seus riscos: considerações essenciais

O crescimento das tecnologias de vigilância e a sua aplicação é naturalmente um dado dos nossos dias. E naturalmente que não nos referimos apenas à videovigilância, mas igualmente a uma panóplia de meios mais ou menos intrusivos da privacidade dos cidadãos e mesmo da sua capacidade de movimentação, tais como a monitorização através da internet, vigilância via satélite, uso de pulseiras eletrónicas, utilização de implantes no corpo humano, etc. E se é verdade que em sociedades de recorte neoliberal a vigilância não deve ser erigida para finalidades de manutenção do poder político em opressão dos cidadãos, o certo é que mesmo limitadas a uma função meramente jurídico-penal, os riscos daqui derivados não são inocentes, até porque os limites entre uma intervenção meramente de defesa de bens elementares e a absolutização de tal prática facilmente podem ser galgados na sua execução concreta.³⁹ Efetivamente, enquanto formas de monitorização de cidadãos, elas possibilitam um conjunto de informações que se aproximam da totalidade das vidas do comum das pessoas. Noutras palavras, os cidadãos transformam-se em meros objetos de conhecimento por parte dos operadores facultando informações múltiplas que podem ser usadas para diferentes fins. Algo, de resto, já estando a acontecer, por exemplo, com o uso da internet e que, portanto, se assume como uma realidade atual. Deste modo, é

³⁸ Pense-se, por exemplo, em Orwell, 1984 ou em *Minority Report* de Spielberg.

³⁹ Sobre, por exemplo, a importância das repercussões da videovigilância na privacidade dos cidadãos, Radwanski, George, Privacy Commissioner of Canada, "Watching You: Privacy Rights and Video Surveillance" (Address to McMaster University, Communications Studies Programme, 13 February 2002), online: Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC) www.privcom.gc.ca/speech/02_05_a_020213_e.asp.

fundamental que também aqui tenha inevitavelmente lugar um princípio da proporcionalidade derivado de inarredáveis considerações de cariz antropológico e de natureza axiológica que impeçam a absolutização de um sistema em nome de uma indiferenciada ideia de luta contra o crime (*law and order*), que pela sua prática se torne mais opressiva do que libertadora do ser humano, única forma afinal de contas de perseverar em última estância a intrínseca natureza do ser humano, encarado enquanto pessoa originária de direitos individuais naturais- herança do demoliberalismo.

Conclusão

O problema da vigilância, como técnica de controlo do crime, coloca questões empíricas (seu uso apropriado, capacidade de rendimento) e igualmente questões axiológicas óbvias, como qualquer outro problema deste teor. Nela vêm ao de cima as próprias limitações características da criminologia, que inevitavelmente a cunham nas suas múltiplas dimensões.

O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL ECONÓMICO NA ERA DA REGULAÇÃO

Nuno Brandão*

I. Do Estado de Providência ao Estado Regulador

1. Tanto em Portugal como nos outros países que o adoptaram, os antecedentes, a génese e a subsequente evolução do direito das contra-ordenações constituíram sempre uma expressão do paradigma socio-económico de cada época e do papel que ao Estado aí foi sendo sucessivamente reservado. Se hoje as contra-ordenações estão em todo o lado e as sanções que para boa parte delas se prevêem há muito que assumiram uma severidade considerável, tal ficou essencialmente a dever-se à emergência nas últimas três décadas de um novo paradigma de estadualidade e ao papel que nele foi atribuído ao direito contra-ordenacional.

O extraordinário alargamento do raio de acção do ilícito contra-ordenacional e a acentuação da gravidade das suas sanções correu a par e *foi consequência* de toda uma imparável dinâmica privatizadora e liberalizadora do mercado económico que começou a dar os seus primeiros passos na década de 1980¹ e de um movimento que acompanhou essa tendência económica no sentido da definição de uma cada vez mais apertada malha normativa em âmbitos como os da protecção dos consumidores, da segurança dos produtos, dos trabalhadores ou do meio

* Professor Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Cf. Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral apresentado pela Comissão Europeia, COM (2003) 270, de 21-05-2003, 5.

ambiente², agregados sob a designação de *regulação social*³. Nesses domínios que se deixam cobrir pelos conceitos de regulação económica e de regulação social, o direito das contra-ordenações foi erigido como instrumento sancionatório por excelência ao serviço da efectividade das suas prescrições⁴, aí acabando por residir a razão fundamental desse impressionante crescimento e endurecimento do direito contra-ordenacional.

2. Quando é introduzido no ordenamento jurídico português, o direito contra-ordenacional aparece umbilicalmente ligado a um movimento descriminalizador dirigido a uma purificação do direito penal, mas surge também imerso num modelo de Estado marcadamente dirigista e interventor na economia, inscrito num período em “que se efectuaram transformações profundas de estruturas económicas (nacionalizações dos sectores básicos da economia e dos latifúndios do sul do país) e [em] que se definiu um sentido caracterizadamente socialista, de pendor colectivista, para o projecto de transformação económica”⁵. Uma tendência que no modelo económico plasmado na Constituição de 1976 se exprimia na

² De entre uma bibliografia nacional e estrangeira totalmente inabarcável, cf., na doutrina portuguesa, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 17 e ss., GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 137 e ss., FERREIRA, Eduardo Paz / MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, in: Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 7 e ss., CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 15 e ss. e *passim*, e FERREIRA, Eduardo Paz, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 31 e ss.

³ Como bem nota MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 44, a desregulação económica iniciada na década de 1980 desenvolveu-se a par de um crescimento da área da regulação social: “a era da *economic deregulation* é ainda ao mesmo tempo a «era da *social regulation*”.

⁴ Nesta direcção, FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 32, e MONTE, Mário Ferreira, “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in: Maria Fernanda Palma et al. (coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 266 e s.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 944.

irreversibilidade das nacionalizações (art. 83.º-1) e na imposição constitucional de sectores vedados à iniciativa privada (85.º-2)⁶.

Foi também o caldo de cultura do Estado social que na Alemanha concorreu para a criação e expansão do direito de mera ordenação social, sendo o ideário da socialidade levado ao discurso legitimador do sistema contra-ordenacional em autores germânicos que tanto influenciaram o pensamento português como Gallas, Lange, Michels ou Jescheck⁷. Não propriamente, é certo, uma socialidade como aquela para que enveredava a nossa Constituição de 1976, com largas concessões a um socialismo do tipo colectivista, mas antes uma com as feições da social-democracia da Alemanha ocidental do pós-guerra. Foi este modelo do Estado de direito social penetrado pela ideia rectora da *Daseinsvorsorge* em voga na Alemanha e nas demais democracias da Europa ocidental do pós-guerra que, não obstante a deriva colectivista na versão originária da nossa Constituição, foi claramente tido em vista pela doutrina portuguesa que impulsionou a criação entre nós de um direito de mera ordenação social⁸ e estabeleceu as suas bases doutrinárias.

O nosso direito contra-ordenacional vai pois colher a sua legitimação não apenas ao ideário liberal que marca o movimento de purificação do direito penal, mas também ao ideário da socialidade caracterizador das sociais-democracias europeias. Nelas, o Estado deve acorrer a uma pretensão de bem-estar que é socialmente assimilada como desígnio fundamental da comunidade⁹. Numa das sínteses insuperáveis de Rogério Soares, agora “o homem médio não espera apenas que o Estado o socorra numa ocasião de infortúnio ou resgate os seus erros ou os das gerações passadas; mais: dá por assente que pode exigir dele a garantia dum certo padrão de vida, quer seja a título de prestações concretas dos poderes públicos, quer seja por meio de providências legislativas que constriam outros particulares mais favorecidos, quer ainda pela extracção em via judicial das últimas

⁶ Assim, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*⁴, I, p. 944, que todavia não deixam de acrescentar que nenhum destes traços essenciais da constituição económica originária “resistiu às sucessivas revisões constitucionais”.

⁷ Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 60 e ss.

⁸ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, *BFDUC*, 49.º vol., 1973, p. 268 e *passim*, e DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, *BFDUC*, separata do vol. XLVIII, 1972, p. 39 e ss.

⁹ Cf. FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I: Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., München, C. H. Beck, 1973, p. 368 e ss.

consequências das afirmações constitucionais de direitos fundamentais de carácter positivo”¹⁰. Neste contexto, em que “ninguém tem o direito de ser infeliz”¹¹, o Estado erige-se em Estado providência, um Estado que toma em suas próprias mãos o encargo de prover as necessidades existenciais dos seus cidadãos. Do *laissez-faire*, o Estado passa, assim, nas palavras de Vieira de Andrade, “para uma intervenção social activa e intensa (*faire*)”¹².

Em contraste com o Estado liberal de oitocentos, que se limitava “quase só a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da actividade económica”¹³, este Estado providência “é um Estado activo na área económica e social, tanto pela participação directa na produção e prestação de bens e serviços, como e sobretudo pela regulação da actividade económica”¹⁴. A produção e prestação pública de bens e serviços torna-se então um elemento integrante da cultura económica europeia¹⁵, tendo o Estado chamado a si o encargo de implementar e manter em funcionamento os chamados serviços públicos essenciais, abrangendo sectores como os da electricidade, da água, do gás, dos transportes, dos serviços postais ou das telecomunicações¹⁶ e envolvendo a criação e o desenvolvimento de complexas infra-estruturas de rede. Uma opção que inevitavelmente “conduziu a nacionalizações, à formação de monopólios públicos ou, pelo menos, de extensos sectores empresariais públicos”¹⁷.

É este paradigma, no sentido próprio do termo, do *Estado como directo produtor e prestador de serviços* que deu corpo à ideia de socialidade no pós-guerra que vem a ser progressiva e irreversivelmente abandonado num amplo e complexo movimento liberalizador que inicia o seu passo na década de 1980¹⁸ e chega até nós

¹⁰ SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 89.

¹¹ F. Werner, *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?*, p. 161, apud SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 91.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 20.

¹³ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23.

¹⁴ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23.

¹⁵ A expressão é de FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 37.

¹⁶ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 38.

¹⁷ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 14.

¹⁸ Sobre as privatizações em Portugal, desenvolvidamente, SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, Maria Eduarda / MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 143 e ss.

sobretudo no contexto da integração nacional no processo europeu. Um movimento em que, além do mais, se assistiu a uma *privatização material* de actividades económicas, dita entre nós *liberalização*, correspondente à abertura aos privados das actividades de fornecimento de produtos e serviços até aí reservadas ao sector público, e a uma *privatização patrimonial*, traduzida na transmissão do património público para as mãos dos privados, como sucede nos casos em que empresas públicas são vendidas ao sector privado.

3. É no seio desta ampla e extraordinariamente complexa *revolução económica* que se vê o direito de mera ordenação social adquirir uma importância cada vez maior, abrangendo mais e mais domínios da realidade económico-social e passando a cominar sanções de extrema severidade. Tal evolução não é senão fruto da ligação umbilical que no sistema jurídico português foi estabelecida entre o direito contra-ordenacional e os novos domínios jurídicos da regulação económica e social, que cresceram ao mesmo ritmo com que o Estado se retirou da economia.

É hoje consensual que os fenómenos de alargamento da área de intervenção e de estreitamento da malha normativa da *regulação* constituíram como que o reverso da medalha dos movimentos económicos de privatização e de liberalização da economia¹⁹. Assim sucedeu, porque com a liberalização e com a retirada do Estado do mercado e a entrega aos privados da exploração dos serviços públicos, houve a necessidade de regular todo um sem-número de aspectos indispensáveis ao seu correcto e eficiente funcionamento e à tutela das posições jurídicas das pessoas que nele interagem. De modo que “a privatização e a liberalização dos sectores económicos reservados ao Estado foram em muitos casos acompanhadas de uma forte regulação pública das correspondentes actividades”²⁰. Regulação provida tanto da parte do Estado propriamente dito, como das autoridades administrativas

¹⁹ Assim, logo WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation in Western Europe: continuities, exceptionalism and convergence”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1992, n.º 4, p. 1034 e ss., e depois, na doutrina nacional, por todos, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 43 e ss., e CANOTILHO, J. J. Gomes, “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 715 e ss., e na alemã VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave» della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca”, *Diritto Pubblico*, 2000, n.º 3, p. 735 e ss., e FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, *Der Staat*, 2003, p. 499.

²⁰ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 43.

independentes que houve necessidade de criar para regular e supervisionar os sectores económicos entretanto privatizados ou liberalizados. Todo um processo, pois, que, na fórmula de Anthony Giddens, mostrou que “*after privatisation comes publicisation*”²¹.

Atento o contexto em que surge esta nova vocação regulatória do Estado, a regulação de que aqui se trata, pese embora a pluralidade de significados que o conceito conhece²², é aquela que tem por objecto actividades no campo económico às quais é estranha uma participação directa do Estado. Constitui portanto uma “categoria conceptual que identifica uma *intervenção estadual externa (hetero-regulação)* na esfera da economia, do mercado e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial”²³. Por definição, o esquema de regulação é aquele que, a partir de fora, visa incidir sobre o mercado, condicionando o desenvolvimento dos processos económicos em ordem à promoção do seu funcionamento equilibrado e eficiente e à protecção de interesses públicos e particulares que sem essa tutela regulatória poderiam resultar comprometidos²⁴.

Dada esta sua lata amplitude, a regulação, considerada em sentido amplo, compreende assim, na classificação de Paz Ferreira, tanto um regime regulatório, como um processo regulatório²⁵, categorias que englobam “o estabelecimento de regras para um determinado sector de actividade (“regulação normativa”), a respectiva implementação ou aplicação, a vigilância ou fiscalização do acatamento delas pelos destinatários, bem como a punição dos infractores (“regulação administrativa”)”²⁶. Nesta linha, o *regime regulatório* corresponde a uma categoria de regulação em sentido estrito, traduzida na emanação de normas, legais e regulamentares, dirigidas à definição dos princípios e das regras de actuação cuja

²¹ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 11.

²² MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss., e FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 21 e ss.

²³ GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito administrativo da regulação”, *Sep. de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Lisboa, Ed. FDUL / Coimbra Editora, 2006, p. 540.

²⁴ Seguimos aqui sobretudo MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss.

²⁵ FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 33.

²⁶ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 169; e já substancialmente assim, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 36 e s.

observância será devida pelos agentes económicos que intervenham no sector de actividade em apreço. E é logo *nesta dimensão que o direito contra-ordenacional adquire expressão no âmbito do direito regulatório*, designadamente, quando a violação dessas normas seja qualificada como contra-ordenação. O *processo regulatório* é, por seu turno, formado pelas actividades, via de regra levadas a cabo por uma autoridade administrativa independente, de controlo prévio à admissão no sector do tráfico, de vigilância, de fiscalização e de sancionamento dos factos ilícitos detectados, correspondendo, em suma, à actividade de *supervisão*²⁷.

II. A emergência das entidades de regulação e supervisão

4. A implantação deste modelo coenvolveu a criação de novas entidades administrativas, normalmente sob a forma de *autoridades administrativas independentes* (v. g., CMVM, ANACOM, ERSE, etc.), a quem foram atribuídas funções tanto na esfera do regime regulatório, como do processo regulatório, nelas assim confluindo simultaneamente manifestações típicas dos três poderes tradicionais do Estado.

Na medida em que podem congregiar uma *função “legislativa”* de produção de normas através de regulamentos, uma *função executiva* no âmbito do controlo e vigilância a que submetem os agentes económicos sob supervisão e ainda uma *função para-judicial* em sede de processamento contra-ordenacional, há mesmo “quem proponha a sua qualificação *sui generis* de quarto poder público”²⁸. Uma natureza *sui generis* que se deve, no fundo, ao facto de estes novos entes administrativos corresponderem a uma tradição estranha à da experiência administrativa da Europa continental, sendo fruto do modelo norte-americano das agências reguladoras. Não gera, por isso, perplexidade que no início e até à

²⁷ Confrontando o processo administrativo de fiscalização e o processo sancionatório, afirmam DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação* (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 46 e s., que “na ordem jurídica portuguesa, a solução da articulação de ambos os tipos de processo forma o paradigma dominante”.

²⁸ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 31.

introdução em 1997 de uma credencial constitucional no art. 267.º-3 da CRP hajam sido suscitadas dúvidas quanto à legitimidade constitucional destas autoridades²⁹.

Na realidade, tal como os processos de liberalização e de privatização tiveram como fonte mais próxima a dinâmica da integração europeia, também esta tendência para a criação de autoridades administrativas independentes, em boa verdade uma decorrência natural daqueles processos, de igual modo resultou essencialmente da influência mais ou menos explícita das instituições comunitárias³⁰. Isso mesmo foi expressamente admitido pela Comissão Europeia, para quem a criação de autoridades reguladoras independentes constituiu mesmo uma *exigência* da legislação comunitária aplicável às indústrias de rede, “para garantir a prestação de serviços de interesse geral, criar condições para uma concorrência leal, prevenir perturbações no serviço ou no aprovisionamento e garantir níveis adequados de protecção do consumidor”³¹. O modelo induzido pela Comunidade Europeia não foi, porém, um de tipo europeu, mas antes, claramente, o de uma “*American-style regulation*”³² formada por agências reguladoras independentes³³, que, como é sabido, tradicionalmente concentram em si aqueles três poderes de criação de normas, de controlo e vigilância e de sancionamento. Por isso que pôde Vital Moreira concluir que, em geral, as autoridades administrativas independentes que por cá e por outros países europeus se criaram “não passam de réplicas das comissões reguladoras independentes dos Estados Unidos”³⁴.

5. Não é difícil intuir o relevo para o direito de mera ordenação social resultante da adopção entre nós deste modelo regulatório assente em autoridades administrativas independentes desenhadas de acordo com as linhas-mestras da

²⁹ SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, *O Direito*, ano 138.º, 2006, III, p. 546 e s.

³⁰ MORAIS, Carlos Blanco de, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *ROA*, 2001, p. 116 e s., e GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 550 e s.

³¹ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 34.

³² CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 202.

³³ MOREIRA, Vital / MAÇAS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 17 e ss.

³⁴ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 50.

experiência das agências de regulação norte-americanas³⁵. Pretendendo-se – ou mesmo devendo-se, nas situações em que a própria legislação comunitária impôs ou induziu esquemas regulatórios baseados em entidades reguladoras independentes³⁶ – reservar à autoridade administrativa reguladora a parte de leão do poder sancionatório dirigido às violações das normas legais e regulamentares do seu sector, percebe-se que a escolha da via contra-ordenacional para garantir tal tutela sancionatória se tenha apresentado ao legislador português quase como uma inevitabilidade. E é também assim que se compreende que a predisposição natural para o acolhimento de um modelo sancionatório eminentemente contra-ordenacional próprio do domínio regulatório tenha de algum modo contribuído para uma expansão do direito de mera ordenação social também naquelas áreas que vieram a receber um modelação normativa de feições regulatórias não obstante, de início, não revelarem uma especial apetência para tal.

Vem sucedendo, com efeito, uma expansão do domínio regulatório a áreas que nos primeiros anos da sua implantação entre nós se poderiam julgar imunes à sua influência. Se numa fase inicial o fenómeno da regulação esteve fundamentalmente ligado ao movimento de desestadualização dos serviços de interesse económico geral³⁷ e das respectivas infra-estruturas de rede e de liberalização dos sectores da banca, dos valores mobiliários e dos seguros, depois conheceu um alastramento a

³⁵ Cf. PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 47 e ss.

³⁶ Detalhadamente, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 135 e s., nota 348, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários, in: Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 134 e ss., e FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 38, este último concluindo pela existência de “uma injunção comunitária no sentido da criação pelos Estados membros de entidades reguladoras independentes”.

³⁷ Para uma definição do conceito de serviços de interesse geral e de conceitos conexos, cf. *Comunicação da Comissão: Um Enquadramento de Qualidade para os Serviços de Interesse Geral na Europa*, COM (2011) 900, de 20-12-2011, p. 3 e s.; e na doutrina nacional, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, CRP⁴, I, p. 1019 e ss., SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 255 e ss.

As expressões *serviços de interesse geral* e suas subdimensões *serviços de interesse económico geral* e *serviços sociais de interesse geral* são de criação comunitária, visando introduzir uma terminologia comum entre os Estados-Membros para denominar de modo uniforme realidades objecto de designações variadas nos diversos países da União, como *public services*, *public utilities*, *service public*, *öffentliche Dienstleistungen*, *Daseinsvorsorge*, etc. – assim, BAUBY, Pierre, “From Rome to Lisbon: SGIs in Primary Law”, in: E. Szyszczak et al. (orgs.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2011, p. 20 e ss., com uma excelente síntese de toda a evolução do direito comunitário nesta matéria.

novos domínios que emprestou à realidade regulatória portuguesa “um carácter pioneiro em termos europeus”³⁸. Foi o caso, desde logo, do sector da saúde, em que, fruto da empresarialização hospitalar e da crescente abertura à iniciativa privada através de parcerias público-privadas no âmbito do SNS, o Estado optou pela criação da Entidade Reguladora do Sistema de Saúde (ERS)³⁹, para regulação, supervisão e acompanhamento da actividade dos estabelecimentos de cuidados de saúde. Como foi ainda depois o caso da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)⁴⁰, já consideravelmente distante da pura esfera de regulação económica que começou por animar o nosso movimento regulatório e tida mesmo como “muito mais do que uma mera entidade reguladora de sectores económicos”⁴¹, mostrando-se “predominantemente vocacionada para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais”⁴².

O espírito regulatório não se manifestou, porém, apenas num alargamento do número de entidades reguladoras no sentido próprio do termo, isto é, de autênticas autoridades administrativas independentes. Mais do que isso, parece ter contagiado os termos em que foram moldadas entidades administrativas integradas na administração directa do Estado ou ainda na dependência do Governo, que embora herdeiras de antigos institutos e inspecções-gerais detentores de poderes de fiscalização e de sancionamento contra-ordenacional passaram frequentemente a ser designadas como autoridades (*v. g.*, a ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica; a ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho; ou o INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde), numa espécie de mimetismo das verdadeiras entidades reguladoras. Esse contágio fez-se sentir ainda no próprio *modus operandi* adoptado por algumas dessas novas autoridades, com destaque para a ASAE, que nos seus primeiros tempos de existência foram imbuídas de uma fúria fiscalizadora que rapidamente atraiu os holofotes dos *media*. Um tipo de comportamento paradigmático da

³⁸ FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 41.

³⁹ Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10/12, regovado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27/5.

⁴⁰ Lei n.º 53/2005, de 8/11.

⁴¹ ROQUE, Miguel Prata, “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, in: Maria Fernanda Palma *et al.* (coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 388.

⁴² Ac. do TC n.º 613/2008.

primeira das várias fases que a ciência económica norte-americana identificou no ciclo de vida das agências reguladoras, uma fase de juventude dominada pela lógica do interesse público e caracterizada por uma vontade de mostrar serviço e assim pelo vigor no confronto com os supervisionados, à qual se segue um processo de envelhecimento que culmina na captura do regulador pelos regulados⁴³.

Esta assimilação da filosofia reguladora por entidades administrativas que carecem da autonomia perante o Governo caracterizadora das autoridades administrativas independentes vai, no fundo, ao encontro da concepção ampla de regulação que vem fazendo curso entre nós na própria doutrina da regulação, favorável ao acolhimento no seu seio da chamada regulação social, dirigida à protecção dos trabalhadores, dos consumidores ou do ambiente⁴⁴. Conferida esta larga latitude à regulação, deixa ela de ficar circunscrita aos domínios para os quais foram instituídas autoridades administrativas independentes e com isso, no plano doutrinário, passam a poder inscrever-se no espaço da regulação as actividades de vigilância e sancionamento confiadas a entidades administrativas que vivem ainda na órbita do Governo e às quais faltam poderes de autónoma produção normativa. Com isso, torna-se ainda também possível englobar no domínio regulatório uma área como a da concorrência⁴⁵, frequentemente contraposta à da regulação.

Sendo o domínio regulatório encarado sob este amplo perfil acaba ele por admitir uma segmentação como aquela que é proposta por Pedro Gonçalves, que distingue entre uma regulação do tipo sectorial e uma regulação do tipo transversal⁴⁶.

⁴³ WILSON, Graham K., "Social regulation and explanations of regulatory failure", *Political Studies*, 1984, XXXII, p. 204.

⁴⁴ Assim, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 39, CANOTILHO, Gomes, "O direito constitucional passa...", p. 719, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 100 e ss., e GONÇALVES, Pedro Costa, "Estado de garantia e mercado", *RFDUP*, 2010, pp. 116 e s. e 120 e s. Mesmo autores que se opõem ao uso da expressão "regulação social" – como FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, "A regulação sectorial da economia", p. 23 e s., e CALVETE, Victor, "Entidades administrativas independentes: *smoke & mirrors*", *C&R*, n.º 7/8, 2012, p. 75, nota 36 – parecem, na verdade, concordar com a ideia de que os domínios como aqueles referidos em texto, correntemente levados à conta desse conceito, devem ser englobados no espaço regulatório, pois é justamente a ideia de que a chamada regulação económica também deve integrar dimensões de protecção do ambiente, dos consumidores, etc., que os leva a contestar a necessidade de atribuir autonomia à denominada regulação social.

⁴⁵ Cf., v. g., GONÇALVES, Pedro, "Direito administrativo da regulação", p. 540 e ss., SÄCKER, Franz Jürgen, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und Privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 130, 2005, pp. 188 e s. e 220.

⁴⁶ GONÇALVES, Pedro, "Direito administrativo da regulação", p. 539 e ss.

A *regulação sectorial* é composta pelas várias esferas de regulação especificamente dirigidas a um certo sector da actividade económica, como acontece no âmbito do mercado de valores mobiliários, da actividade bancária, do sector da energia, *etc.* Essas esferas são dotadas de corpos legislativos próprios que agregam normas dos vários ramos do ordenamento jurídico, por vezes dando lugar, na expressão de Frederico Costa Pinto, a verdadeiras codificações sectoriais⁴⁷. Além disso, é nelas desenvolvida pela autoridade reguladora uma actividade de supervisão virtualmente permanente sobre os agentes económicos do sector⁴⁸, sendo por isso um tipo de regulação que “apresenta uma tendência de «carácter dirigista», de condução da acção dos actores privados em certo sentido”⁴⁹. Um tal acompanhamento implica uma relação de carácter duradouro entre supervisor e supervisionado, no âmbito da qual são incontornáveis, sob pena de inviabilidade da própria supervisão, constantes deveres de colaboração e de informação a cargo do particular, não raro sob a cominação de coima⁵⁰. Tanto assim que, de acordo com o nosso Tribunal Constitucional, “a obrigação de prestar informações e entregar documentos à entidade reguladora surge como uma condição de eficácia da efectiva salvaguarda da necessidade de regulação, supervisão e fiscalização da actividade económica, num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para o exercício de tais funções de excepcional relevância pública”⁵¹.

A *regulação transversal* é aquela que, por sua vez, detém um alcance sobre todas as áreas da actividade económica e social. Aqui, a incidência da actividade do regulador sobre os privados assume uma natureza tendencialmente pontual e fragmentária, centrando-se nos aspectos da vida do particular directamente atinentes à área de regulação confiada ao regulador (*v. g.*, numa inspecção a uma empresa, a ACT dirigirá a sua atenção às questões laborais, ao passo que a ASAE

⁴⁷ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 95 e ss.

⁴⁸ Nesta direcção, no âmbito da regulação do mercado de valores mobiliários, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 155.

⁴⁹ GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 541.

⁵⁰ Cf. BRANDÃO, Nuno “Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal”, *RPCC*, 1/2014, p. 29 e ss.

⁵¹ Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.ª, p. 348.

preocupar-se-á com o cumprimento das regras que visam a protecção dos consumidores). Por isso se entende que enquanto na regulação sectorial a supervisão tem um carácter *ex ante*, podendo o regulador, em tese, acompanhar praticamente em tempo real a dinâmica de actuação empresarial do supervisionado, na regulação transversal o acompanhamento regulatório via de regra ocorre *ex post*, já após haver notícia de uma possível infracção, como tipicamente sucede nos domínios laboral, da protecção do consumidor ou da concorrência⁵².

III. O novo Direito Contra-Ordenacional Económico

6. A nova realidade económica contemporânea a que nos vimos referindo nada tem que ver com aquela que, entre nós e à nossa volta, existia ao tempo do lançamento e concretização do projecto de criação de um novo direito sancionatório como o direito de mera ordenação social. Como é natural, esta revolução económica que progressivamente tomou conta da sociedade, do Estado e das relações entre ambos⁵³, transfigurando-os por completo, não poderia deixar de repercutir-se numa total recompreensão do direito contra-ordenacional, atento o papel de actor principal que este foi chamado a desempenhar no âmbito da ordenação jurídica regulatória que emergiu como o direito do novo paradigma económico-social.

Uma observação de vocação global sobre as áreas actuais de incidência do direito das contra-ordenações no âmbito económico permite-nos vislumbrar uma ampla cobertura sancionatória de natureza contra-ordenacional em três dos eixos fundamentais da economia contemporânea, o dos *serviços de interesse económico geral*, o da *concorrência* e o do *sistema económico-financeiro*. Cremos poder afirmar que esses eixos económicos representam as traves-mestras de toda a realidade económica actual. A desagregação de qualquer deles implicaria provavelmente o desmoronar de toda a estrutura económico-social, sendo hoje líquido que uma crise

⁵² GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 541 e s.

⁵³ Referindo-se também aqui a uma “verdadeira revolução no que respeita às relações do Estado com a economia e ao papel e sentido da regulação económica”, MOREIRA, Vital / MACÁS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 9.

séria no seu funcionamento, de amplitude sistémica, se reflecte inevitavelmente numa crise económica e social generalizada. Prova disso é a grande crise financeira eclodida em 2008 e suas ondas de choque globais e sistémicas⁵⁴. Como o seria seguramente, pelos seus mais do que certos efeitos catastróficos, o colapso da capacidade de fornecimento de electricidade ou de serviços de telecomunicações pelas companhias desses sectores ou a violação generalizada e impune das regras de uma livre e salutar concorrência pelo grandes operadores económicos. Ora, em todas estas vertentes fundamentais da economia contemporânea o funcionamento regular e equilibrado das redes de infra-estruturas e dos mercados económicos depende da observância de uma infinidade de prescrições legais e regulamentares que conjugadamente procuram assegurar tal desiderato, as mais das vezes de braço dado com a ameaça de uma sanção contra-ordenacional, que lhes visa conferir efectividade.

É justamente aqui que nos aparece uma parte significativa dos regimes contra-ordenacionais que se usa ora reconduzir à categoria das grandes contra-ordenações. Tal qualificação costuma ser reservada para as infracções puníveis com coimas que ascendam a valores na ordem dos milhões de euros⁵⁵. Tratando-se embora de uma formulação desprovida de valor normativo, tem ela feito o seu curso em virtude de uma impressividade decorrente do seu contraste com a ideia generalizada de que o direito das contra-ordenações é um domínio de bagatelas. Seja como for, a ter algum préstimo, a expressão não deverá ficar reduzida a uma mera conotação pecuniária relacionada com um maior ou menor valor da coima cominada, devendo ainda, em nosso modo de ver, nutrir-se do – em regra, significativo – relevo dos bens jurídico-económicos que tais infracções visam tutelar⁵⁶.

⁵⁴ CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 128 e s., e SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, in: Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, \ p. 118 e ss.

⁵⁵ ACHENBACH, Hans, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, in: Beulke et al. (orgs.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin, BWV, 2009, p. 101.

⁵⁶ Nesta direcção também, *nolens volens*, o já mencionado Ac. do TC n.º 78/2013: “Se é verdade que a moldura sancionatória em causa se situa em valores muito elevados, há que ter presente que o cumprimento do dever em causa é essencial à supervisão e fiscalização de um sector de extraordinária relevância social” (AcsTC 86.º, p. 349, it. nosso).

7. Em todo este amplo e complexo contexto, a função de primeiríssima ordem nele legalmente atribuída ao direito das contra-ordenações representa um sinal iniludível de que o paradigma sancionatório que lhe deu origem já não é, definitivamente, o paradigma que nele hoje se exprime. Circunstância que é tanto mais significativa quanto se sabe que o direito económico foi o reduto onde a doutrina alemã, sob a batuta de Eberhard Schmidt e a influência da teoria do direito penal administrativo, fez nascer o direito de mera ordenação social.

Na sua génese alemã, as contra-ordenações constituíram um elemento fundamental de racionalização do direito penal económico e do resgate da ideia de Estado de Direito nesse domínio. A cisão de cariz radicalmente qualitativo que, no âmbito económico, Eberhard Schmidt procurou incansavelmente traçar entre crimes e contra-ordenações fundou-se numa distinção entre dois espaços de interesses juridicamente reconhecidos pelo direito económico: de uma banda, o dos bens jurídicos (*Rechtsgüter*), abrangendo os interesses vitais económico-materiais; e de outra banda, o dos bens administrativos (*Verwaltungsgüter*), correspondente a um diferente tipo de interesses, radicados na relações entre a administração e os particulares, no âmbito dos quais estes figurariam como órgãos auxiliares daquela⁵⁷. Dos bens jurídicos ocupar-se-ia o direito penal; e dos bens administrativos, o direito de mera ordenação social, que não deveria aspirar a ir além desse reduto dos interesses administrativos.

Encontramos entre nós posições directa e inequivocamente tributárias desta marca genética do direito das contra-ordenações. Assim sucede no pensamento de Figueiredo Dias, que nesta matéria exhibe ainda refrações várias daquela concepção de Eberhard Schmidt. Tal parece-nos inegável quando persiste na distinção entre bens jurídico-penais, que reserva para o direito penal, e bens jurídico-administrativos, que acantona no direito das contra-ordenações⁵⁸; ou quando sustenta que o direito penal secundário adquire um estatuto penal de corpo inteiro através da sua ligação à ordenação axiológico-constitucional dos

⁵⁷ SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950p. 19 e ss. Para uma descrição mais detalhada da doutrina contra-ordenacional de Eberhard Schmidt, cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 49 e ss.

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 6.^o Cap., § 34.

direitos sociais e da organização económica, que, por definição, será estranha ao direito de mera ordenação social⁵⁹. Outro exemplo, em seu tempo ainda sinal de uma vontade de fidelidade à concepção qualitativa tradicional, é o da lógica que inspirou a sistematização e o conteúdo do regime legal das Infracções contra a Economia e contra a Saúde Pública, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1. Como parece ser sugerido por Costa Andrade, que participou activamente nos respectivos trabalhos preparatórios, procurou-se aí, assumindo o legado de Eberhard Schmidt, “estabelecer uma fronteira entre duas ordens de valores ou interesses: de um lado, os que relevam da vida comunitária como sistema económico com os seus conflitos reais; do outro os que se esgotam no interior da própria Administração, como o interesse cognitivo específico, destinado a garantir uma certa transparência da vida económica através de acções de registo, comunicação, informação, etc., impostas aos operadores económicos”⁶⁰. E na verdade, como o legislador procurou então explicar no preâmbulo desse diploma, foi nele tido o “particular cuidado de extremar rigorosamente os campos dos dois ilícitos em presença, a fim de evitar sobreposições ou confusões entre as previsões dos correspondentes tipos legais”, esclarecendo logo de seguida que com isso se pretendia significar que “se relegaram para o capítulo das contra-ordenações *apenas aqueles* comportamentos que não põem em causa interesses essenciais ou fundamentais da colectividade e que, por isso, carecem de verdadeira dignidade penal”⁶¹.

Se chamamos à discussão o pensamento seminal de Eberhard Schmidt e suas repercussões entre nós é só para que fique mais claro que o tempo em que a nossa legislação penal e contra-ordenacional em matéria económica ainda se deixava inspirar por um ideário qualitativo radicado na importância social dos interesses tutelados é um tempo que ficou para trás⁶². Aquele que, ao menos formalmente, se

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *RLJ*, 1983-84, n.º 3718, p. 12, e *DP-PG*², I, 6.º Cap., § 24 e ss.

⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»”, in: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra, 1985, p. 92.

⁶¹ Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, in: *DR-I Série*, n.º 17, de 20-01-1984, p. 241.

⁶² Assim, e também por referência à concepção de Eberhard Schmidt, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 107.

apresenta ainda hoje como o nosso diploma legislativo central no domínio da criminalidade económica, o referido Decreto-Lei n.º 28/84, revela bem as marcas erosivas do tempo, dificilmente escapando ao rótulo de que se trata de uma lei datada e provavelmente já obsoleta⁶³. É que os bens jurídico-económicos que na actualidade são valorados como os de maior relevo para a organização e ordenação económico-social deixaram de ser aqueles que os tipos incriminadores do Decreto-Lei n.º 28/84 procuram tutelar. Os interesses económico-materiais vitais da sociedade contemporânea, para usar a expressão de Eberhard Schmidt, encontram-se agora essencialmente radicados naqueles domínios dos serviços de interesse económico geral e do sistema económico-financeiro⁶⁴, sendo a livre concorrência em todos eles elevada a valor crucial a promover no âmbito da sua organização e funcionamento. Ora, o ordenamento sancionatório a que reiterada e sistematicamente o legislador recorre para protecção de tais interesses vitais, mesmo em relação às ofensas mais qualificadas que lhes possam ser dirigidas, é o contra-ordenacional⁶⁵.

Ao contrário do que no passado sucedia ou, talvez melhor, do que se pretendia que sucedesse, no seu âmbito de incidência sobre a vida económica o direito das contra-ordenações actual revela-se vocacionado tanto para a tutela de interesses ditos de pura ordenação social, como ainda também para a protecção de bens jurídico-económicos vitais. De modo algum podendo considerar-se que esta sua vocação para a protecção de eminentes interesses económicos assume um carácter meramente episódico com laivos de excepcionalidade, antes sendo, isso sim, notória uma sua corrente predisposição para uma intervenção desse cariz, não vemos como possa iludir-se a *nítida tendência de convergência material entre os ilícitos penal e contra-ordenacional* que neste cenário se desenha. Como entende também Hans Achenbach, tendo em vista precisamente as grandes contra-ordenações económicas do direito regulatório, os factos contra-ordenacionais não se

⁶³ Convergindo nesta ideia, DIAS, Augusto Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2005, p. 559.

⁶⁴ Em termos próximos, embora não totalmente coincidentes com a nossa visão, VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas”, *Revista da Banca*, n.º 48, p. 44 e ss.

⁶⁵ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 438 e ss.

distinguem aqui necessária ou forçosamente dos crimes económicos nem quanto à sua estrutura, nem quanto à sua gravidade, atenta a sua função de protecção de bens jurídicos e a pesada danosidade social que lhes é inerente⁶⁶.

Significa isto, na nossa perspectiva, que, contra o que é voz corrente das concepções qualitativas acerca do critério de distinção entre crimes e contra-ordenações, no quadro da realidade normativa vigente não há em regra uma separação cortante de teor material entre o género de interesses ou bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos de infracções⁶⁷. O que se verifica, muito pelo contrário, é que os bens jurídicos em relação aos quais se afigura legítima uma intervenção penal, atenta a sua superior relevância no quadro constitucional da organização económica, são também eles interesses em que é corrente o recurso à protecção que pode ser oferecida pelo direito contra-ordenacional⁶⁸.

Temos para nós que o paradigma sancionatório actual na esfera económica é assim conformado por duas ordens normativas, a penal e a contra-ordenacional, que acorrem, isolada ou concertadamente, à protecção de interesses económicos fundamentais para a vida económico-social⁶⁹. Um paradigma em que portanto, na perspectiva dos *factos* qualificados como infracções económicas penais ou contra-

⁶⁶ ACHENBACH, "Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten", p. 109 e s.

⁶⁷ Para uma conclusão semelhante, DIAS, Augusto Silva, "O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários", *C&R*, n.º 1, 2010, p. 256 e s., embora divergindo substancialmente da nossa concepção de base sustentada em texto, já que, no seu ponto de vista, a convergência material dá-se não porque as contra-ordenações em consideração sejam permeadas pela ideia de dignidade penal, mas bem pelo contrário porque os crimes económicos com que vivem paredes-meias não passam as mais das vezes de "crimes de artificiais, sendo "o recorte sistémico dos interesses protegidos [que] torna fluida e artificial a fronteira entre crime e contra-ordenação".

⁶⁸ Nesta conclusão também, embora a contragosto, ACHENBACH, Hans, "Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik «großer» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 15 e ss. Em direcção distinta, parecendo admitir uma intervenção contra-ordenacional para prevenção de pesadas violações de bens jurídicos colectivos apenas enquanto a sua danosidade social não se encontrar suficientemente sedimentada na consciência jurídica colectiva, GÜNTHER, Hans-Ludwig, "Das Recht der Ordnungswidrigkeiten – Aufbruch zu neuen Ufern?", in: Knut Nörr, *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1990, p. 392, que dá como exemplo as infracções anticoncorrenciais, na sua maneira de ver, já mais do que prontas para ingressar no âmbito penal.

⁶⁹ A este propósito, cf. PALIERO, Carlos Enrico, "La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1993, p. 1030 e ss., que apresenta distintos modelos sinérgicos possíveis de actuação penal e contra-ordenacional conjunta no domínio económico.

ordenacionais para tutela de bens jurídico-económico vitais, não é descortinável uma plena e contínua diferenciação material entre os domínios penal e contra-ordenacional.

É certo que este estado de coisas significa um corte radical com o modelo qualitativo com que entre nós se procurou – e, aliás, considerando a nossa doutrina e jurisprudência maioritárias, ainda se procura – oferecer um quadro explicativo para as relações entre crimes e contra-ordenações, assente numa sua separação ético-social, político-criminal e dogmática. Mas significa também um distanciamento da perspectiva tradicionalmente oposta, de cariz quantitativo. O direito das contra-ordenações há muito que deixou definitivamente de ser (só) um direito de infracções menores e de sanções bagatelares, como já há bastante tempo, aliás, proclamou o próprio legislador contra-ordenacional português: “compreensivelmente, não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais”⁷⁰. Na realidade, nele avultam ofensas da maior gravidade a bens jurídico-económicos de eminente relevância constitucional e nele são cominadas sanções, pecuniárias e não pecuniárias, de extraordinária severidade. Tanto assim que são de natureza contra-ordenacional as mais pesadas sanções pecuniárias dirigidas pelo nosso ordenamento jurídico às pessoas colectivas responsáveis pela prática de crimes e de contra-ordenações⁷¹.

8. O que pode perguntar-se é se este quadro actual – um quadro normativo em que as infracções económicas dão corpo a um paradigma de tendencial convergência substancial entre crimes e contra-ordenações – deverá ser objecto de uma reconformação que implique para o direito das contra-ordenações um regresso às origens, designadamente, uma sua reconversão num direito sancionatório de pura ordenação social. Ou, o que é no fundo perguntar-se pelo mesmo, se foi errado o rumo dado pelo legislador português, sob forte influência comunitária, ao direito contra-ordenacional económico no sentido de o convocar sistematicamente para a protecção de bens jurídico-económicos vitais, com

⁷⁰ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, que concretizou aquela que até hoje se mostra como a mais importante revisão do RGCO.

⁷¹ Cf. o art. 69.º-2 do novo Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012) e o art. 32.º-2 do Regime Sancionatório do Sector Energético (Lei n.º 9/2013).

inexorável e irreversível sacrifício do ideário contra-ordenacional original⁷². Um caminho que não poderia deixar de levar, como levou, a um considerável aumento do rigor das sanções contra-ordenacionais.

Não está aqui em causa avaliar se neste ou naquele específico domínio se levou longe de mais a tipificação de contra-ordenações, numa condenável fúria reguladora, esquecida do princípio constitucional da necessidade e com um inadmissível cunho paternalista, que degenerou numa autêntica e em certos domínios já insuportável hipertrofia contra-ordenacional⁷³; ou se em determinados casos não se terá ido para além do permitido pelo princípio da proporcionalidade em matéria de fixação de sanções, seja na sua relação com a gravidade dos factos correspondentes, seja no seu contraste com factos e sanções penais comparáveis; ou se os regimes legais respectivos apresentam uma consistente coerência interna ou se se coadunam à complexidade das infracções tipificadas ou à gravidade das sanções cominadas; *etc.* Em todos estes pontos o nosso sistema contra-ordenacional dá mostras de problemas que em boa parte são seguramente fruto de uma progressiva transformação substancial do seu papel não raro desacompanhada das reconfigurações normativas necessárias para que passasse a estar à altura das novas responsabilidades que lhe foram confiadas. A isso não terá sido alheio o “estado de negação” de que a nossa doutrina parece ter sido acometida e a complacência jurisprudencial, com destaque para a jurisprudência constitucional, em relação a soluções legais desajustadas dos novos problemas com que o sistema contra-ordenacional começou a deparar-se.

Sem pretender desvalorizar estas “dores de crescimento” que a nossa realidade contra-ordenacional inequivocamente revela, o que cremos estar essencialmente em causa no âmbito da nossa discussão é saber se deve considerar-se materialmente fundada a sobredita evolução do sistema sancionatório português

⁷² Um interrogação similar é formulada por PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 287, a propósito da opção sancionatória do Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991: “terá sido correcta a opção do legislador de 1991 pelo regime das contra-ordenações como modelo central de tutela do mercado de valores mobiliários?”. Tal como para nós, como se explicitará em texto, também para Frederico Costa Pinto “a opção do legislador foi essencialmente correcta”.

⁷³ Neste sentido, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 102 e ss.

no sentido de passar a confiar não só ao direito penal, como também ao direito contra-ordenacional a defesa de bens jurídico-económicos vitais.

Simplificando, porventura de mais, e reduzindo o problema à sua raiz, perante a revolução que varreu a nossa economia e a avalanche regulatória que a acompanhou parece-nos que haveria que escolher uma de duas opções de fundo⁷⁴. Poucos anos antes do início deste movimento económico havia sido entre nós adoptado um sistema sancionatório formado por dois domínios, o penal e o contra-ordenacional, que impôs um modelo infraccional exclusivamente composto pelo binómio crime / contra-ordenação. Ora, em face deste *tertium non datur*, ou o legislador nacional seguia a linha preconizada pela teoria qualitativa e arredava o direito das contra-ordenações da protecção dos interesses económicos vitais inerentes aos novos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro resultantes dos processos de privatização e de liberalização da economia, com o que, não podendo deixar de lhes garantir uma tutela sancionatória, seria necessário que o direito penal entrasse em força nesses domínios; ou rompia com o paradigma qualitativo e abria a área de intervenção das contra-ordenações aos bens jurídico-económicos essenciais.

Como é bom de ver, foi esta segunda opção de fundo que o nosso legislador abraçou. Mesmo que nos momentos em que se tomaram as decisões legislativas que fizeram o direito das contra-ordenações rumar nesse sentido não tenha existido consciência plena da alteração de paradigma para que através delas se caminhava⁷⁵ e que tal tenha decorrido também da influência exercida pelo direito comunitário sobre estes domínios económicos, *maxime* pela sua pressão para a criação de entidades reguladoras independentes, não vemos como pudesse ter sido outra a direcção a dar ao nosso sistema contra-ordenacional no contexto da ingente maré regulatória gerada pela emergência de um novo paradigma nas relações económicas entre o Estado e o mercado.

⁷⁴ Com muito interesse, porque contemporâneo desta encruzilhada e logo antevendo os grandes modelos possíveis, o extraordinário e a tantos títulos profético ensaio de PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1027 e ss.

⁷⁵ Cf., não obstante, o já referido preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14/9, que reviu de forma substancial o RGCO, motivado precisamente pela profunda transformação de que o nosso direito contra-ordenacional dava mostras já em meados da década de noventa do século passado: “Consagrado a partir de 1979, o ilícito de mera ordenação social tem vindo a assumir uma importância antes dificilmente imaginável”.

Não queremos com isto dizer que na gigantesca massa de prescrições normativas que compõem o direito regulatório para o seio do qual foi chamado o direito das contra-ordenações não exista uma parte considerável delas que correspondam ainda à tradicional noção de normas de pura ordenação social. Pensamos sobretudo naquelas que versem sobre as relações entre os agentes económicos e a administração. Logo por aí sempre seria de contar com uma forte presença do direito contra-ordenacional nos novos domínios regulatórios. Não é todavia a essa realidade que nos pretendemos referir, mas sim às contra-ordenações dirigidas à directa tutela de interesses económicos *materiais* que o direito regulatório procura acautelar em ordem a satisfazer as finalidades da responsabilidade pública de garantia que sobre o Estado impende⁷⁶.

8.1 À partida, visto o problema sob o *prisma penal*, a inequívoca e elevada dignidade constitucional dos bens jurídicos objecto da malha regulatória referida aos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro, tanto de natureza individual como supra-individual, seria caução suficiente para aí abrir caminho a uma intervenção penal⁷⁷. Restaria, porém, saber se tal seria sequer aconselhável sob o ponto de vista político-criminal, da *ultima ratio* do direito penal⁷⁸ e das injunções próprias do critério de legitimação material negativa da necessidade de pena. Na verdade, temos as maiores dúvidas sobre a capacidade do nosso sistema penal para responder às exigências sancionatórias destes sectores no caso de um seu envolvimento tão intenso como aquele que por certo seria necessário se se abdicasse de uma acção contra-ordenacional para esse mesmo efeito.

O regresso a uma situação de hipertrofia penal seria mais do que certo. Como vimos, uma das razões decisivas para o surgimento do direito de mera ordenação social foi a inflação legislativa de que o sistema penal dava abundantes mostras. Porém, tal legislação de tempos idos seria uma espécie de *puzzle* para crianças quando comparada com a extensão e o detalhe normativo do direito regulatório de

⁷⁶ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, pp. 431 e ss. e 438 e ss.

⁷⁷ Sobre este ponto – altamente controvertido, porém – BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa”, *RPCC*, 2015, p. 62 e ss.

⁷⁸ PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 287.

hoje. Ainda que se procurasse cingir a tutela penal às violações normativas que contendessem directamente com os bens jurídico-económicos essenciais em jogo nos referidos sectores – e, considerando a intrincada e estreitíssima teia regulatória que neles foi tecida, logo isso não seria fácil –, tal estaria longe de garantir um volume limitado de incriminações, dada a multitude do tipo de ofensas a que tais interesses estão expostos.

Além deste risco de hipertrofia, que por si só representaria já um factor de dissuasão suficientemente forte, uma opção eminentemente penal seria contraproducente no plano da fonte. A agilidade e flexibilidade de que o direito regulatório deve dispor para poder oferecer um quadro normativo consistente com a volatilidade das realidades económicas a que se dirige não parece compaginável com o processo legislativo penal constitucionalmente prescrito e com o estrito rigor imposto às técnicas legislativas incriminatórias pelo princípio da legalidade criminal. Sendo este um reino em que inevitavelmente proliferam normas em branco cujo preenchimento carece de actos administrativos e de normas regulamentares emanados das entidades reguladoras, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, normas de sanção separadas das normas de proibição e a elas interligadas por cascatas de prescrições remissivas⁷⁹, *etc.*, seriam evidentes as dificuldades da sua compatibilização com a determinabilidade típica exigida pelo princípio da legalidade criminal.

Um modelo regulatório penal implicaria ainda consideráveis, senão mesmo insuperáveis dificuldades de articulação entre a dimensão de supervisão inerente à regulação sectorial e o paradigma de investigação criminal postulado pela nossa lei processual penal. Independentemente do problema de saber se a vertente sancionatória do direito regulador se encontra formalmente incluída na categoria da supervisão que dele faz parte, há entre a supervisão e o sancionamento uma relação de tal modo inextricável que não pode deixar de implicar uma sua consideração global e integrada.

Sucede que enquanto a supervisão tem um modo de funcionamento *ex ante*, sendo os supervisionados vigiados e fiscalizados pelas entidades reguladoras mesmo na ausência de uma notícia de uma infracção, o *modus operandi* do processo

⁷⁹ Cf. VEIGA, Alexandre Brandão da, “A construção dos tipos contra-ordenacionais no Novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 422.

penal é de carácter *ex post*. Seria inconcebível, porque autenticamente contranatura, a atribuição de funções de supervisão ao Ministério Público no âmbito do processo penal ou na antecâmara dele. Além de não estar minimamente vocacionado para tal tipo de tarefas, dada até a especialização técnica imprescindível para compreender e lidar com as especificidades dos vários domínios sujeitos a regulação⁸⁰, o Ministério Público dificilmente disporia dos meios e recursos necessários para exercer eficazmente tal papel. E o mesmo se diga, aliás, no caso de adopção de um modelo intermédio que passasse por entregar a supervisão às autoridades reguladoras com entrada em acção do Ministério Público na hipótese de recolha da notícia de crime precedida de indagações preliminares. A generalização deste modelo – entre nós consagrado no Código dos Valores Mobiliários, mas com uma amplitude muito limitada, circunscrita aos dois únicos crimes contra o mercado tipificados naquele diploma (o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado, arts. 378.º e 379.º do CVM, respectivamente)⁸¹ – num cenário de profusa intervenção penal no domínio regulatório levantaria aqueles mesmos problemas. As óbvias disfuncionalidades e ineficiências que uma solução regulatória vincadamente penal deixa adivinhar, com o inerente prejuízo para uma tutela eficaz dos bens jurídico-económicos nestes domínios envolvidos, são um elemento mais a depor contra uma abordagem sancionatória dessa índole⁸². A elas acresceria a sobrecarga processual que um modelo desta natureza acarretaria para a máquina judiciária e o longo cortejo de nefastas consequências que daí adviriam para todo o sistema de justiça penal.

Em suma, como ao tempo advertiu Paliero, assim pretendendo caucionar uma via contra-ordenacional ligada a um modelo de regulação e (sobretudo) de supervisão assente em entidades reguladoras independentes, a escolha por um modelo de tutela clássico de cunho penal ou mesmo até contra-ordenacional no

⁸⁰ Cf. BOLINA, Helena Magalhães, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010, p. 398 e ss.

⁸¹ Sobre o regime das averiguações preliminares previsto no art. 382.º do CVM, PINTO, Frederico Costa, “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 102 e ss.

⁸² Em sentido próximo, tendo em perspectiva uma possível jurisdicionalização do processo contra-ordenacional, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 155 e s.

sentido tradicional corresponderia a uma opção por “um tigre de papel incapaz de exercer qualquer função que não seja simbólica”⁸³!

As fundas objecções inevitavelmente suscitadas por um modelo regulatório de matriz penal legitimam, enfim, as maiores reservas em relação à adequação e eficácia do direito penal para assegurar o *essencial* da ampla tutela sancionatória reclamada pelos bens jurídico-económicos fundamentais ligados aos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro⁸⁴, do mesmo passo fazendo parecer avisado o distanciamento que o legislador português sempre guardou de tal tipo de abordagem.

8.2 O reverso da medalha desta justificada renitência legislativa em conferir um papel de relevo ao direito penal na defesa dos interesses económicos vitais dos variados sectores da regulação económica foi a atribuição dessa mesma função ao direito das contra-ordenações.

Talvez não seja sequer correcto entender esta escolha da via contra-ordenacional como resultado de um processo de exclusão de partes ou uma espécie de consequência de uma opção pelo mal menor, como aquela nossa afirmação poderia porventura sugerir. Pois se havia ordem sancionatória que se perfilava como predestinada a receber o essencial do encargo sancionador do novo direito regulatório do Estado Garantidor seria ela a do direito das contra-ordenações. Ainda que essa opção corresse ao arrepio da concepção qualitativa que lhe deu origem e que lhe procurou imprimir um conteúdo de todo em todo contrário à assimilação de funções desta natureza, a partir do momento em que, sob directa e forte influência da União Europeia, o legislador português adoptou um modelo regulatório de estilo norte-americano, assente em autoridades reguladoras independentes, os dados estavam inequívoca e irreversivelmente lançados a favor de uma solução eminentemente contra-ordenacional⁸⁵.

Coenvolvendo esse modelo a concessão de poderes normativos, fiscalizadores e sancionadores a uma mesma entidade de natureza administrativa, parece-nos

⁸³ PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1033.

⁸⁴ Nesta conclusão, no âmbito do mercado de valores mobiliários, PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 286 e ss.

⁸⁵ Assim, também PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 287 e s.

evidente que o direito contra-ordenacional estava naturalmente fadado para aí entrar em cena como actor principal. A compatibilização do propósito de atribuição às entidades reguladoras de *competências normativas* susceptíveis de beneficiar de tutela sancionatória seria bem mais viável no âmbito contra-ordenacional do que no penal. O efeito útil do deferimento de *poderes sancionatórios* a essas entidades ficaria, por seu turno, fortemente enfraquecido se a tendência legislativa tivesse ido no sentido de qualificar como crime as violações mais graves aos interesses económicos essenciais dos sectores regulados, já que as autoridades reguladoras acabariam por ver-se desprovidas de poderes de decisão sancionatórios justamente ali onde a necessidade da sua acção reguladora se fizesse sentir com maior intensidade. Por último, como resulta das considerações avançadas no âmbito da perspectiva penal, só o direito das contra-ordenações estaria em condições de garantir uma articulação adequada e funcional entre as vertentes de fiscalização e de sancionamento inerentes à função de supervisão confiada aos reguladores. Demais que, como em geral se reconhece, “a competência sancionatória (...) funciona como condição de eficácia da função de supervisão”⁸⁶. Deste modo, existindo uma relação de inarredável imbricação entre as actividades de fiscalização e de investigação de eventuais infracções praticadas pelos supervisionados⁸⁷ e havendo o propósito de entregar o poder de punição de tais infracções à mesma entidade responsável por aquelas actividades de supervisão tal seria incompatível com um processo de estrutura acusatória como, por imposição constitucional (art. 32.º-5 da CRP), é o nosso processo penal. Com efeito, só uma matriz processual inquisitória como é a fase administrativa do processo contra-ordenacional permitiria concentrar na mesma entidade administrativa os poderes de investigação e de sancionamento das infracções às normas do direito regulatório.

⁸⁶ Ac. do TC n.º 461/2011, *AcscTC 82.º*, p. 288. Sublinhando já esta correlação entre fiscalização e sancionamento, PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral*, p. 47 e ss., e DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 25 e *passim*.

⁸⁷ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 77 e ss.

As marcas identitárias do novo direito regulatório baseado em entidades reguladoras independentes instituído pelo nosso legislador a partir da década de noventa coadunavam-se de um modo tão perfeito com as características típicas do direito contra-ordenacional que não se vê como pudesse evitar-se que um e outro se unissem incindivelmente a partir daí. E note-se que a força de atracção entre ambos os domínios é uma tal que mesmo um ordenamento jurídico como o francês que sempre se manteve fiel ao modelo das contravenções e procurou distanciar-se das tendências de administrativização do poder punitivo do Estado, cujo expoente máximo foi o da experiência contra-ordenacional alemã, não resistiu à desjudicialização dos procedimentos sancionatórios em vários sectores da regulação económica, como o do mercado de capitais, o dos seguros ou o da concorrência⁸⁸.

9. A função de relevo que o direito das contra-ordenações foi chamado a desempenhar no âmbito do direito regulador implicou uma gradual transformação substancial da sua natureza, manifestada fundamentalmente em dois planos.

Um primeiro plano de afirmação do paradigma contra-ordenacional vigente é o da aberta atribuição ao direito das contra-ordenações de um papel de *directa tutela dos mais importantes bens jurídicos da nossa constituição económica*, praticamente sempre frente às *mais severas ofensas* que lhes podem ser dirigidas. Com isso, passou ele a concorrer com o direito penal económico na missão de protecção dos interesses económico-vitais da organização económica constitucionalmente postulada, deixando de ser possível, apesar das reiteradas posições em sentido contrário que persistem na nossa doutrina dominante e na jurisprudência constitucional, continuar a afirmar que o direito das contra-ordenações constitui, por definição, um domínio de factos ético-socialmente neutros.

Este actual paradigma contra-ordenacional obriga a uma recompreensão do conteúdo do facto punível contra-ordenacional e das finalidades das sanções contra-ordenacionais. Se qualquer uma destas dimensões fundamentais do direito das contra-ordenações foi (e, apesar de tudo, continua a ser!) doutrinal e jurisprudencialmente conformada a partir da ideia da neutralidade ética da contra-

⁸⁸ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille / TEITGEN-COLLY, Catherine, *Punir sans Juger? De la Répression Administrative au Droit Administratif Pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 16 e ss.

ordenação ou do facto a ela subjacente, a assumpção da realidade de que nele estão em jogo factos de eminente relevo social tem de implicar o abandono ou, pelo menos, a reformulação de uma tal concepção dogmática e político-criminal.

Um segundo plano em que se divisa um conteúdo substancialmente novo do actual direito das contra-ordenações é o da magnitude das suas sanções. Não é só no direito regulatório que nos confrontamos com as chamadas grandes contra-ordenações, mas é nele que elas conhecem maior expressão⁸⁹. Um destino a que as sanções contra-ordenacionais não poderiam escapar num contexto como este em que o direito das contra-ordenações foi alcandorado a direito sancionatório de referência dos mais importantes sectores da vida económica contemporânea.

Vários foram os factores que concorreram para uma acentuada elevação do valor das coimas e da severidade das sanções acessórias cominadas. A eficácia preventiva, geral e especial, das sanções não poderia, naturalmente, abstrair-se das características das infracções a que passaram a dirigir-se e do tipo de agentes económicos que a elas estariam sujeitos e respectivo ambiente económico. Procurando-se proteger, através de tal intervenção contra-ordenacional, bens jurídico-económicos vitais de sectores-chave da economia e do sistema financeiro das mais graves ofensas que lhe podem ser infligidas pelos actores principais desses sectores, com frequência acompanhadas de riscos sistémicos⁹⁰ e de uma potencialidade danosa difusa sobre toda ou parte considerável da comunidade, verificar-se-á logo por isso uma inevitável tendência para a previsão de coimas de valores elevados⁹¹. E será tanto mais assim quanto se trate de sectores, como acontece quase sempre, em que os potenciais infractores sejam agentes económicos com actividades económicas de enormes dimensões⁹², não só à escala nacional como até mundial, que movimentam gigantescos fluxos financeiros. Tendo o legislador nacional adoptado um modelo de soma global e não de dias de coima

⁸⁹ Referindo-se a uma situação semelhante no direito alemão, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 101 e s., e “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 12 e ss.

⁹⁰ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, CRP⁴, I, p. 1081, e SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 69 e ss.

⁹¹ Nesta direcção, VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 49, p. 47.

⁹² Assim, igualmente, o Ac. do TC n.º 78/2013, AcsTC 86.º, p. 349 e s.

no âmbito da determinação das coimas⁹³, só a previsão de limites máximos de coima elevados, eventualmente, se necessário, referidos ao volume de negócios do agente⁹⁴, exercerá um efeito preventivo minimamente razoável sobre potenciais prevaricadores deste coturno⁹⁵. Isto mesmo sem que seja sequer ainda levada em linha de conta a necessidade de incorporação na punição de mecanismos que permitam privar o agente do benefício económico indevido alcançado com a prática da contra-ordenação; necessidade essa que constitui um factor mais a apontar naquele sentido da elevação das coimas, nomeadamente, quando o confisco do proveito ilícito não seja estabelecido como sanção acessória autónoma e se aplique a solução geral do art. 18.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO⁹⁶.

10. Esta dupla transfiguração da natureza do direito das contra-ordenações constituiu o resultado de um movimento legislativo de fundo tão político-criminalmente legítimo como aquele outro que anteriormente levou à criação de um direito de mera ordenação social orientado por uma ideia de diferenciação qualitativa em relação ao direito penal. Não significa isto que a opção contra-ordenacional como solução sancionatória por excelência dos vários sectores da regulação económica represente um modelo perfeito e se não debata com sérios problemas, sobretudo de carácter processual. Ainda que assim seja, como deve reconhecer-se, de modo algum tal deve todavia implicar para o direito contra-ordenacional uma batida em retirada desses domínios.

Em face das críticas endereçadas à actuação de primeiro plano do direito das contra-ordenações no palco da regulação, cremos que haverá que destrinçar entre o que são as teses que pugnam por um tal afastamento na base da posição de que

⁹³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Âequitas / Editorial Notícias, 1993, § 117.

⁹⁴ Pela conformidade constitucional deste modelo de fixação da moldura de coima sob o ponto de vista do cumprimento do princípio da legalidade criminal (art. 29.º-1 da CRP; e art. 7.º da CEDH), cf. *Degussa c. Comissão*, Ac. do TJUE (Tribunal de Primeira Instância) de 05-04-2006 (Proc. n.º T-279/02), e *Evonik Degussa c. Comissão e Conselho*, Ac. do TJUE de 22-05-2008 (Proc. n.º C-266/06); e o nosso Tribunal Constitucional, na Decisão Sumária n.º 216/2016, confirmada pelo Ac. n.º 400/2016. Contra, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 106 e s.

⁹⁵ Nesta conclusão, o Ac. do TC n.º 78/2013 (*AcsTC* 86.º, p. 349). Crítico desta perspectiva, que deprecia como uma expressão de um “pensamento do «effet utile»”, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 105 e ss.

⁹⁶ PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, “Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social (parecer e proposta de alteração legislativa)”, *RFDUL*, vol. 37, 1996, p. 558 e ss.

o código genético do direito das contra-ordenações é incompatível com esse tipo de intervenção, dado que não foi pensado e criado para isso⁹⁷, e o que são as críticas ao modo como o processamento contra-ordenacional é concretamente levado a cabo nos sectores regulatórios.

Em relação ao primeiro posicionamento crítico cremos ter dito já o suficiente para justificar a nossa ideia de que o direito das contra-ordenações não só não é inidóneo para desempenhar aquele papel, como há boas e fundadas razões para considerá-lo como o direito sancionatório mais apto e apetrechado a garantir o grosso da tutela sancionatória de que carecem os bens jurídico-económicos que aí se divisam⁹⁸. Com isto não queremos de todo significar que o direito penal não possa aí também actuar, designadamente, quando se conclua pela necessidade e adequação da sua intervenção⁹⁹. Simplesmente, tendo em conta as considerações tecidas supra acerca de uma eventual opção regulatória de índole eminentemente criminal e o carácter fragmentário do direito penal, a abertura do espaço da regulação ao direito penal será sempre necessariamente limitada, confinada a um raio circunscrito de ofensas qualificadas a bens jurídico-económicos vitais. Um cenário, portanto, em que para ofensas deste quilate poderão concorrer tanto o direito penal como o direito contra-ordenacional, devendo a este ser reservada a fatia de leão desse esforço.

Partilhamos, isso sim, as preocupações aqui e ali suscitadas quanto aos termos como as nossas autoridades reguladoras frequentemente exercem os seus poderes de processamento contra-ordenacional¹⁰⁰, representativos de um inaceitável exacerbamento da matriz inquisitória que é conatural à fase administrativa do sistema processual contra-ordenacional e que se espelha em práticas que desconsideram o papel do arguido como autêntico sujeito processual, menosprezam o princípio da presunção de inocência ou enfraquecem o princípio

⁹⁷ Assim, v. g., VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 48, p. 49 e s. e n.º 49, p. 68 e ss.

⁹⁸ Na linha desta conclusão, PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 92 e ss. e *passim*.

⁹⁹ Cf. BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos...”, p. 62 e ss.

¹⁰⁰ VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira”, *ROA*, 2000, p. 74 e ss., e SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes”, p. 556 e ss.

da proibição da auto-incriminação¹⁰¹. Nada, porém, que por si só signifique uma incompatibilidade de base entre o direito das contra-ordenações e as necessidades sancionatórias dos sectores da regulação¹⁰²; antes constituindo sinal da conveniência da criação de estruturas institucionais e de modelos de funcionamento que matizem aquela vocação inquisitória em favor de soluções de cariz acusatório¹⁰³.

As disfunções que o processamento contra-ordenacional revela no âmbito da regulação devem, em todo o caso, ser consideradas numa perspectiva mais ampla, que em muito transcende o direito das contra-ordenações e antes contende directa e fundamentalmente com o âmago do próprio paradigma regulador actual. Em causa está, mais concretamente, o problema da legitimidade democrática daquelas que são as peças-chave do sistema regulador, as entidades reguladoras independentes.

Será interessante aqui recordar a estupefacção que no séc. XIX era expressa por Chauveau / Hélie em relação à concentração de poderes normativos e judicativos em numerosas autoridades permitida pelo direito de polícia do Antigo Regime, rotulando-a como “uma confusão que hoje se nos afigura estranha”¹⁰⁴. Não admira que, estando o princípio da separação de poderes entranhado até à medula da nossa experiência político-social, se volte agora a exprimir aquela estranheza em seu tempo verbalizada por Chauveau / Hélie ante a concentração de poderes com que nos confrontamos nas coevas autoridades administrativas independentes, que, como vimos, são um produto da importação de um modelo sem tradição na experiência europeia¹⁰⁵.

Autonomia, legitimidade, neutralidade política, capacidade técnica, prestação de contas (*accountability*), controlo das decisões, relações com os regulados, *etc.*, são

¹⁰¹ BRANDÃO, Nuno, “Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional”, *RPCC*, 4/2011, p. 598 e ss.

¹⁰² Contra, todavia, VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados”, p. 74 e ss.; e na direcção do texto, DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 248 e s.

¹⁰³ Nesta direcção, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 156. Para alguns exemplos, ROQUE, Miguel Prata, “O direito sancionatório público...”, p. 149, nota 153.

¹⁰⁴ CHAUVEAU, Adolphe / HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, VI, 5.^a ed., Paris, Imprimerie et Librerie Générale de Jurisprudence, 1873, p. 282, n.º 2715.

¹⁰⁵ Apontando também para as dificuldades daqui decorrentes, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 843.

tudo hoje tópicos altamente controvertidos que concitam a discussão em torno da legitimidade democrática das autoridades reguladoras¹⁰⁶, falando-se mesmo numa “república de reguladores”¹⁰⁷. Um problema tão candente que leva mesmo Gomes Canotilho a sugerir que “talvez esteja aqui o «nó górdio da democracia»”¹⁰⁸. Ora, parece-nos que é sobretudo aí, numa cultura regulatória que evidencia desajustamentos em relação à ideia de Estado de direito, e não tanto em eventuais deficiências congénitas do direito contra-ordenacional para assegurar um devido e equitativo processamento sancionatório das infracções do âmbito regulatório que entroncam as ditas disfunções que correntemente acometem as práticas processuais contra-ordenacionais das nossas autoridades reguladoras.

¹⁰⁶ Cf. CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 718 e s., “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, p. 105 e ss. e *passim*, FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 50 e ss., CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 162 e ss., e CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes”, *passim*.

¹⁰⁷ Esta expressiva formulação é de CANOTILHO, Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 105.

¹⁰⁸ CANOTILHO, Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 106.

“CRIMINALIDADE ECONÓMICA DE EMPRESA”: DESCONTINUIDADES NOS MODELOS DE IMPUTAÇÃO E EXCESSOS DE INTERVENÇÃO PUNITIVA

*Fernando Torráo**

Sumário

1. Criminalidade económica globalizada; 2. “Criminalidade (económica) de empresa”; 3. Criminalidade económica de empresa: descontinuidades nos modelos de imputação; 4. Criminalidade económica de empresa: tendência para excessos de intervenção punitiva.

1. Criminalidade económica globalizada

O fenómeno da globalização não é assim tão recente. Enquanto processo evolutivo, de génese essencialmente económica, caracterizado pela sucessão de acontecimentos históricos potenciadores de comunicação entre os povos e consequente expansão do comércio internacional, remonta ao tempo dos descobrimentos¹.

Só, porém, na segunda metade do século XX se começou a utilizar o termo como imagem de marca dos nossos tempos. Seja pela criação e generalização dos meios de transporte aéreos, seja pelas novas formas de comunicação, de onde se destacam a radiodifusão por satélite na década de sessenta – a propósito da qual surgiu, ao

* Professor na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Norte.

¹ Assim, OLIVEIRA ASCENÇÃO, «Sociedade da informação e mundo globalizado». Globalização e Direito, BFD, Stvdia Ivridica 73, Colloquia 12, 2003, p. 164.

que parece pela primeira vez, a expressão *global village*² - e a Internet na década de noventa.

A globalização perpassa diversas áreas da vivência mundial, destacando-se a económico-financeira. As relações económicas e as transferências de fundos envolvem, cada vez mais, agentes (singulares e coletivos) de diferentes nações e continentes, tornando a Economia crescentemente global. Paralelamente, também a criminalidade económica – enquanto parte do mundo económico – tem vindo a internacionalizar-se.

Nesta criminalidade económica global avulta a criminalidade empresarial. Tanto pela tendência de substituição de contextos de ação individual por de ação coletiva, como pela não rara criação de empresas fictícias destinadas a funcionar como *véu* ou *cortina* de dissimulação de crimes, situação característica do processo de branqueamento de capitais.

Compreende-se, assim e pelos avultados lucros que a criminalidade globalizada implica, que, no respetivo combate, a legislação internacional recomende à generalidade dos países a criminalização do branqueamento de capitais (e cooperação na concernente perseguição) e a responsabilização penal das pessoas coletivas.

2. “Criminalidade (económica) de empresa”

A necessidade de responsabilização penal das pessoas coletivas encontra-se, pois, associada à criminalidade económica.

Internacionalmente surge (sem embargo de incipientes manifestações anteriores) em Inglaterra no contexto da Revolução Industrial e, precisamente, no domínio dos delitos económicos. O advento da grande indústria multiplicou o número de empresas que começaram a ter enorme protagonismo na vida económica e jurídica inglesa. A legislação regulamentadora dos diversos sectores da vida económico-social expandiu-se e, naturalmente, era, por vezes, violada no âmbito da atividade empresarial. Em meados do século XIX, surgem as primeiras decisões a sancionar pessoas coletivas, nomeadamente na área da indústria

² «[...] the electro-magnetic discoveries have recreated the simultaneous “field” in all human affairs so that the human family now exists under conditions of a “global village”» (MARSHALL McLuhan, *The Gutenberg Galaxy. The making of typographic man*. Toronto: University of Toronto Press, 1962, p. 31).

ferroviária. Duas decisões do *Queen's Bench* – uma, de 1842, a outra, de 1846³ – fizeram jurisprudência nesta matéria. E se estas decisões se situavam no domínio de pequenos delitos relativos a sectores de atividade (as *regulatory offences* em que se admitia a *strict liability*), o *Interpretation Act* de 1889 – proferido pela *House of Lords* a propósito do caso “*Pharmaceutical Society vs. The London and Provincial Supply Association Ltd.* – veio estender a punibilidade dos entes coletivos a alguns crimes propriamente ditos (*true crimes*)⁴.

Na Europa continental, a responsabilidade penal das pessoas coletivas não tem a tradição do mundo anglo-saxónico, havendo mesmo países que ainda a não sufragaram (desde logo, *v.g.*, a Alemanha). Especificamente em Portugal surge pela primeira vez no Decreto-lei (DL) n.º 28/84, de 20 de Janeiro (artigo 3.º) que regula as infrações antieconómicas e contra a saúde pública.

É, portanto, comum, em perspetiva histórica, surgir a responsabilidade penal das pessoas coletivas no âmbito das infrações antieconómicas. O que se compreende, uma vez que, tal como a generalidade das atividades económicas, também as respetivas infrações tendem a desenrolar-se em enredo empresarial, surgindo a perseguição penal (à empresa) como um dos modos de a reprimir.

Esta perseguição penal a pessoas jurídicas enquadra-as na categoria dogmática de sujeitos do crime. Mas nem sempre elas aparecem nessa categoria, nomeadamente em situações contextualizadas no âmbito de processos de branqueamento de capitais que surgem no epicentro (podemos dizê-lo) da criminalidade económica. Referimo-nos às empresas fictícias, criadas com a intenção exclusiva ou predominante de branquear capitais. Em nossa perspetiva, a dimensão criminológica do envolvimento destas empresas no fenómeno criminal não deve dogmaticamente enquadrá-las na categoria de *sujeito*.

Alicerçados no horizonte compreensivo do critério de Bernd Schünemann⁵, a pessoa coletiva aparece como sujeito de crimes (no que o Autor designa por

³ Reportamo-nos, em concreto, às decisões dos casos “*Reging vs. The Birmingham and Gloucester Railway Co.*” e “*Reging vs. The Great North of England Railway Co.*”, respetivamente, que fizeram jurisprudência nesta matéria (cf. JOHN SPENCER, «La responsabilité pénale dans l'entreprise en Angleterre». *Revue de Science Criminelle*, 2, 1997, p. 290, nota 3).

⁴ Nele se determina: «in the construction of every enactment relating to an offense punishable or indictment or summary conviction, whether contained in act passed, before or after January 1, 1890, the expression ‘person’ shall, unless a contrary intention appears, include a body corporate» (cf., por exemplo, MARIA GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código Penal*. Valência: tyrant lo blanche, 2004, p. 44).

⁵ Veja-se BERND SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa» [tradução castelhana de Daniela Brückner e Juan Lascurain Sánchez da versão original alemã de 1982]. *ADPCP*, 41, 1988, pp. 529 ss.

“criminalidade de empresa”) nas situações em que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes pressupostos: (1) o crime se realize em nome e no interesse da pessoa coletiva; (2) seja praticado por pessoas singulares, oriundas do seu interior, atentando contra bens jurídicos exteriores; (3) (o crime) sobrevenha como prática conexa (isto é: previsível na lógica da mente criminosa) da atividade (predominantemente) lícita da empresa.

Ora na criação de empresas fictícias por motivo de prática delitual – temos vindo a afirmá-lo – não se verificam os tópicos (1) e (3) do critério enunciado, posto que elas são utilizadas como “véu” ou “cortina” destinada a ocultar crimes. Não operam, nesta medida, como centro de imputação de crimes, mas como instrumento de dissimulação dos mesmos, não se constituindo, pois, em *sujeito*, antes em *instrumento* de atividade criminosa. Razão pela qual se tratará de “criminalidade *através* de empresa” e não de “criminalidade *de* empresa”⁶. Daí que, em tal género de casos, deva a dissolução da pessoa coletiva enquadrar-se na categoria (não de pena, mas) de “perda de instrumentos, produtos e vantagens, consequência jurídica do crime catalogada por Figueiredo Dias como “providência sancionatória análoga à da medida de segurança”⁷. E se é verdade que esta nossa posição se assume, de *iure condendo*, crítica face ao artigo 90.º - F do Código Penal (CP), não é também menos verdade que este preceito se encontra desenquadrado da ordem jurídica considerada no seu todo. Em termos jurídico-civis (ou comerciais), das duas, uma: ou a pessoa coletiva é, *a priori*, criada com a intenção exclusiva ou predominante de praticar crimes e não existe *ab initio* (nulidade do ato constitutivo, ainda que dissimulado, nos termos do artigo 280.º do Código Civil (CC)) ou, *a posteriori*, a prática reiterada de crimes mostra que a pessoa coletiva está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito (por quem nela ocupe posição de liderança) e deve extinguir-se (artigos 182.º, n.º 2, c) e d) e 192.º,

⁶ Já assim por nós expandido em *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 136-7; e, mais recentemente, em «Responsabilidade penal das Instituições Bancárias e respetivos gestores». In Manuel Guedes Valente (coord.), *V Congresso de Direito Penal e Direito Processual Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 62-64.

⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Almedina, 2009, (2.ª reimpressão da edição de 1993), §999.

n.º 2, c) e d), ambos do CC e 142.º, n.º 1, d) do Código das Sociedades Comerciais (CSC)⁸).

3. Criminalidade económica de empresa: descontinuidades nos modelos de imputação

Centrando-nos, agora, na “criminalidade de empresa” (pessoa coletiva enquanto sujeito), o sistema penal português envolve dois modelos de imputação: *um*, proveniente do artigo 3.º do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, *outro*, procedente do artigo 11.º do CP (que sufragou a responsabilidade penal das pessoas coletivas na reforma operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro)⁹.

Estes dois modelos, ao não serem coincidentes, implicam assimetrias ou descontinuidades que se situam, basicamente, em dois planos: (1) a não responsabilização penal das pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público no modelo implícito no Código Penal (artigo 11.º, n.º 2, na redação atualizada pela Lei n.º 39/2016, de 19 de dezembro¹⁰); (2) a não responsabilização penal de pessoas coletivas referente a atos praticados por seus funcionários no DL n.º 28/84 (artigo 3.º) e no RGIT (artigo 7.º).

A questão suscitada em (1) foi já abordada e desenvolvida por Flávia Novera Loureiro, considerando, com razão, «injustificável o privilégio que através desta exceção se atribui às pessoas coletivas que exercem prerrogativas de poder público, não se vislumbrando fundamento para que sejam tratadas de modo diferente das pessoas coletivas que o não exerçam», concluindo que, em sua perspetiva,

⁸ Do que se trata, nestes preceitos, é, afinal, de um não reconhecimento da existência de pessoa coletiva *qua tale*, sendo ditada a nulidade da sua constituição (se provada a intenção inicial de instrumento da atividade criminosa) ou a sua dissolução (se a atividade criminosa, exclusiva ou predominante, se desencadear em momento posterior). Em termos jurídico-criminais, a dissolução prescrita no artigo 90.º-F do CP, não assume, nesta medida, a natureza jurídica de pena *stricto sensu* (aplicável a sujeitos, não a instrumentos de crime), mas a de “providência sancionatória análoga à da medida de segurança”.

⁹ O modelo do Código Penal aplica-se à generalidade dos diplomas avulsos que preveem a responsabilidade penal dos entes coletivos (*v.g.*, ...). O modelo do DL n.º 28/84 abrange os crimes aí previstos e é repetido apenas na Lei n.º 15/2001, de 05 de Junho (artigo 7.º) que consagra o Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT).

¹⁰ Quanto à evolução legislativa nesta matéria desde a Lei nº 59/2007, veja-se FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, «A responsabilidade penal das pessoas jurídicas – o que mudou no Código Penal quase oito anos depois e qual a sua relevância para o tratamento da criminalidade económico-financeira». In Manuel Guedes Valente (coord.), *V Congresso de Direito Penal e Direito Processual Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 27-44.

«[m]elhor teria andado o legislador [...] se tivesse simplesmente retirado da norma a referência às pessoas coletivas públicas, ganhando em coerência sistémica, pois que utilizaria o modelo já por si ensaiado em sede de direito penal secundário; em harmonização internacional, uma vez que esta exceção não é usual nos países que adotam a responsabilidade penal das pessoas coletivas; e, sobretudo, em igualdade de tratamento e, por isso, justiça»¹¹.

No que respeita ao tópico (2), sucede que a responsabilidade penal das pessoas coletivas prevista no artigo 3.º do DL n.º 28/84 (e no artigo 7.º do RGIT) se escora no modelo da teoria dos órgãos (não a estrita, uma vez que abrange representantes voluntários, mandatados pelo órgão governante), ao passo que o modelo ínsito no artigo 11.º do CP (e na legislação avulsa que o adota), pese embora se situar ainda no panorama compreensivo da teoria dos órgãos, abrange um modelo mais amplo. Não só porque se refere (n.º 2, *a*)) a atos praticados por «pessoas que» no ente coletivo «ocupem uma posição de liderança» (e não especificamente a órgãos e representantes), mas, sobretudo, porque abrange (n.º 2, *b*)), também, atos praticados por funcionários sob a autoridade dos líderes «em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem». Regime, insiste-se, que não deixa de se inspirar na teoria dos órgãos, uma vez que, mesmo neste segundo critério, implica a violação de deveres de vigilância ou de controlo por parte dos líderes. Bem andou, neste modelo, o legislador ao permitir que, em caso de crime praticado por funcionário, não seja este o “único culpado” a suportar a pena, podendo sê-lo também a própria pessoa coletiva. E sem que tal redunde em *vicarious liability*, atendendo a que será necessária culpa dos líderes (que não praticaram nem participaram no crime, pois se assim fosse operaria o critério da alínea anterior) e, portanto, da pessoa coletiva (*alter-ego*) para a correspondente responsabilização penal (da empresa).

Ponderando as assimetrias aqui mencionadas, vejamos como se projetam elas na prática, no espaço da criminalidade económica. Parta-se de um caso modelo-base muito simples: em concurso efetivo e com violação dos deveres de vigilância ou controlo que aos líderes da *empresa X* incumbem, *A*, contabilista de *X*, comete, no interesse desta e no contexto da sua atividade económica, crime de fraude fiscal (artigo 104.º do RGIT) e, bem assim, de branqueamento de capitais (artigo 368.º-A do CP) pelas vantagens ilícitas da fraude.

¹¹ FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «A responsabilidade penal das pessoas jurídicas», cit., p. 44.

Se, por hipótese, a *empresa X* for pessoa coletiva em exercício de prerrogativas de poder público não será punida por nenhum dos crimes. Não o será por crime de fraude fiscal, porque o modelo do artigo 7.º do RGIT não imputa à pessoa coletiva crime praticado por seu funcionário (só imputando crimes praticados pelos titulares do órgão de governação ou seus representantes). Como não o será também por branqueamento de capitais, atendendo ao modelo do (artigo 11.º do) Código Penal que exclui a responsabilização penal de pessoa coletiva no exercício de prerrogativas de poder público. Apenas *A* pode ser punido por ambos os crimes, ainda que se possa seguramente afirmar – em perspetiva criminológica – não ser ele o “único culpado”.

Se, de outro modo, a *empresa X* for privada e sem prerrogativas de poder público, então continua a não ser punida por fraude fiscal pelas mesmas razões da hipótese anterior, mas já poderá sê-lo por branqueamento de capitais (nos termos do artigo 11.º, n.º 2, *b*) do CP), considerando a violação de deveres de vigilância ou controlo por parte dos líderes.

Haverá razão para a dissemelhança de regime jurídico por motivo de diferente natureza jurídica da pessoa coletiva entre as duas hipóteses? Haverá fundamento, no que tange agora apenas à segunda hipótese, para que a empresa possa ser responsabilizada por branqueamento de capitais e já não pelo crime precedente (fraude fiscal)?

4. Criminalidade económica de empresa: tendência para excessos de intervenção punitiva

Não obstante as discontinuidades ou assimetrias mencionadas, ambos os modelos de imputação fundamentam-se, ainda assim e como se referiu, no horizonte compreensivo da teoria dos órgãos. O do artigo 11.º do CP de modo mais amplo: não só porque se refere aos crimes praticados pelos *líderes* da empresa (e não estritamente pelos seus *órgãos* e *representantes*), mas também por admitir a culpa do ente coletivo pela culpa dos líderes, não tendo estes praticado o crime ou nele participado (desde que violados os deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem), tendo sido algum (ou alguns) dos seus subordinados a fazê-lo. Remete-nos o modelo, neste particular, para um conceito (ao jeito) de *culpa autónoma* do ente coletivo, inspirado na “deficiência organizacional” de Klaus

Tiedemann¹², configurando-se, deste modo, como mais adequado ao suprimento de lacunas de punibilidade no contexto empresarial. Suprimento de lacunas de punibilidade que, diga-se, é o argumento invariavelmente suscitado como fundamento da opção jurídica pela responsabilização penal das pessoas coletivas¹³.

Seja como for, afigura-se-nos que o modelo da teoria dos órgãos – tributário da *identification doctrine* (também conhecida por teoria do *alter-ego*) britânica criada por decreto da *House of Lords* em 1915¹⁴ – se escora, do ponto de vista político-criminal, no ideário retribucionista, na medida em que, no essencial, se baseia no critério de a culpa da empresa ser a culpa dos órgãos e, por conseguinte, havendo culpa dos órgãos, haverá necessariamente culpa da empresa, devendo esta ser punida.

Sabe-se, é certo, que devem os direitos das pessoas coletivas ser tutelados segundo a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP)). Daqui parece, por vezes, grassar a ideia de que as limitações jurídicas colocadas à aplicação das correspondentes penas não terão o mesmo rigor das que se impõem às pessoas singulares. Não estarão em causa, conjeturar-se-á, direitos humanos fundamentais. Tratar-se-á, afinal, de ficção, de realidades meramente jurídicas e abstratas; e, neste conspecto, legitimar-se-ia a lógica retribucionista e, até, preventivo-geral negativa.

Não é de menosprezar, todavia, o substrato humano que lhes dá vida, conteúdo, carácter. Como se não deve ignorar que a pena aplicada à pessoa coletiva restringe direitos fundamentais das pessoas físicas que a incorporam, não tendo estas, normalmente e em maioria, cometido, participado ou sequer conhecido o facto criminoso que a originou. A sanção penal aplicada à empresa, não o olvidemos, acarreta, pois – e salvo contadíssimas exceções –, o chamado “castigo dos inocentes” ou, preferindo-se, a “paga de justos e pecadores”.

¹² Veja-se, sobretudo, KLAUS TIEDEMANN, «Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität». *Neue Juristische Wochenschrift*, 41 (1988), pp. 1169 ss.

¹³ Afirma, por todos, FIGUEIREDO DIAS: «A manutenção da responsabilidade exclusivamente individual significaria em muitos casos a impunidade, com consequências sociais extremamente danosas, sobretudo [...] numa sociedade como a contemporânea e seguramente a futura (“sociedade do risco”))» (*Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2012 (2.ª reimpressão da 2.ª edição de 2009), 11.º Capítulo, §23).

¹⁴ Cf., por exemplo, JOHN SPENCER, «La responsabilité pénale dans l’entreprise en Angleterre», cit., p. 291 ou LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2.ª edición, 2003, p. 127.

Será esta uma razão para aderirmos ao dogma da responsabilidade exclusivamente individual? Deverão, deste jeito, quedar-se as pessoas coletivas fora da discursividade jurídico-punitiva? Decerto que não: quando, *v.g.*, um pai de família comete um crime e sofre a concernente pena é também usual que a família acabe por ser fortemente prejudicada (pode estar em causa o sustento de filhos menores, de idosos, etc.) sem qualquer culpa ou responsabilidade pelo crime. E isso não obsta – nem deve obstar – à punição do criminoso, dentro dos limites da necessidade (proibição do excesso), prosseguindo fins (hegemonicamente) preventivos (prevenção geral positiva), em conformidade com os artigos 18.º, n.º 2, 27.º, n.º 1 (ambos) da CRP e 40.º, n.º 1 do CP. Limites que se não deixam de fundamentar também nos direitos humanos de todos os que são afetados com a punição.

O mesmo deverá suceder quando é punida a pessoa coletiva. A circunstância de se tratar de ente abstrato não deve implicar flexibilização nos limites da proibição do excesso. Em causa estão, desde logo, direitos fundamentais de pessoas físicas. A não ser que desprezemos a decisiva função das empresas no tecido económico-social das comunidades (com reflexos em todos os cidadãos) e nos alheemos do substrato humano que lhes dá vida e conteúdo reais.

Aqui se ergue o problema do modelo de imputação fundado na teoria dos órgãos: os crimes praticados pelo(s) titular(es) do órgão de liderança (no interesse da pessoa coletiva) são também imputados ao (seu *alter-ego*, isto é, ao) ente coletivo. E se houve culpa da(s) pessoa(s) singular(es) (*ego*) e consequente responsabilidade penal, essa (culpa) é também imputada à pessoa coletiva (*alter-ego*), operando a sequente punição. Assim a chamada “dupla punição automática” inerente à teoria dos órgãos (ou “responsabilidade penal *por ricochete*”, tal como se designa no espectro jurídico brasileiro).

Neste modelo, responsabilizam-se necessariamente as pessoas coletivas por crimes praticados por pessoas singulares (titulares do órgão de liderança, ou de governação), conseguindo-se, desse modo, ameaçar mais incisivamente as pessoas coletivas. São estas as mencionadas razões, todavia, de índole *retributiva* e preventivo-geral *negativa* que, já se sabe (a História ensina-o), tendem (na prática) a intervenção *excessiva* (leia-se: além do estritamente necessário à reafirmação do bem jurídico violado).

Ora, quando, *a priori*, se invocam motivos justificantes de responsabilização penal das pessoas coletivas, alude-se invariavelmente (e bem), insiste-se, à necessidade de colmatar situações de impunidade e não à criação de dupla punição

automática (ou por ricochete). E se é verdade que, face ao modelo do (artigo 11.º do) Código Penal, quando o crime é praticado por seu funcionário a punição da pessoa coletiva se legitima (não em dupla punição automática, mas) no que se poderá designar por “culpa *autónoma* do ente coletivo” (que se não deixa de encontrar – em alguma medida – na alínea *b*) do artigo 11.º, n.º 2, na lógica da mencionada “culpa por deficiência organizacional”), já assim não é quando o crime se imputa à pessoa coletiva por via da alínea *a*) do mesmo artigo 11.º, n.º 2 do CP, ou seja, quando o crime se realiza por um líder da empresa. Aqui o modelo do artigo 11.º (n.º 2, *a*) do Código Penal resvala para o mesmo excesso interventivo da teoria dos órgãos (que é, ao fim e ao cabo, a teoria sufragada), isto é, para o excesso da dupla punição automática. Considerando o modelo de governação clássico de uma sociedade anónima (artigo 278.º, n.º 1, *a*) do CSC), se um seu administrador, por decisão própria, individual e não partilhada, comete crime no interesse da empresa, a correspondente necessidade punitiva esgota-se na sanção que lhe é aplicada. Nestas circunstâncias, manda, contudo, a teoria dos órgãos punir, além do administrador, o ente coletivo, manifestando-se, assim, o excesso interventivo de tal modelo: se o verdadeiro responsável pelo crime é punido, não se vislumbra, considerando os fins de prevenção geral positiva enquadrados nos limites da necessidade e da proibição do excesso, razão para punição do ente coletivo. Como se não vislumbra se dois, ou mesmo a totalidade dos administradores, cometerem o crime ou nele participarem. A respetiva punição individual esgota, em tais casos, a necessidade da pena (sem prejuízo de eventual perda de vantagens económicas aplicável à empresa, mas isso já não é punibilidade da pessoa coletiva), dada a inexistência de “culpa (não individualmente típica, como a violação de violação de deveres de vigilância e controlo por parte de outros líderes que não cometeram nem participaram no crime, ou seja, de culpa) coletiva” que fundamente a punição da empresa.

Tal como no crime cometido por funcionário(s), também no crime cometido pelo(s) líder(es) da empresa se justifica, para aplicação de pena ao ente coletivo, a existência de culpa coletiva autónoma (seja por deficiência organizacional, por política estratégica da empresa, por violação de regras inspiradas em modelo de *compliance*) enquanto expressão de atitude criminal coletiva. Só assim existe necessidade da pena.

E nem se pense que esta é uma posição de direito a constituir. Ou então os imperativos constitucionais que proíbem o excesso interventivo não têm aplicação imediata e a responsabilidade penal das pessoas coletivas não se destina a suprir lacunas de punibilidade na “criminalidade de empresa”, admitindo-se, então e nessa medida, a violação desnecessária de direitos humanos fundamentais.

O QUÊ, PORQUÊ E COMO PROIBIR NO DIREITO PENAL FISCAL

Susana Aires de Sousa*

I. *Porquê* proibir?

1. Ao longo da sua história milenar, o imposto assumiu diversas vestes, desde instrumento de exercício do poder e de domínio de súbditos e de povos conquistados até meio de limitação da atuação do Estado como forma de auto-tributação dos povos que consentem e legitimam, de acordo com um pacto social, a cobrança de impostos para benefício de todos. Na leitura da história do imposto conclui-se pela sua estreita ligação à realidade social e económica, tendo influenciado, por vezes de forma decisiva, o rumo dos acontecimentos sociais, económicos e políticos¹.

Charles Adams, em um estudo² pormenorizado sobre a história do imposto, procura demonstrar que este tributo esteve presente nos acontecimentos históricos, positivos e negativos, mais importantes e marcantes da nossa civilização, quer como sua causa decisiva, quer como instrumento intencionalmente utilizado para atingir os objectivos mais hediondos. Basta lembrar, nas palavras deste autor, que a solução final de Hitler tem o seu início na reforma fiscal de 1943 e em soluções fiscais expressamente dirigidas ao povo judaico. Entre outros acontecimentos, Charles Adams imputa a más soluções fiscais a queda da república e do império romano, a queda do império espanhol, as guerras civis inglesa e americana. De outro lado, as boas soluções fiscais estariam na origem de acontecimentos como os sucessos da Grécia Antiga, de Rodes, ou da Suíça, que tendo nascido da luta contra a tributação e domínio austríacos, dirigida por Guilherme Tell, chegaria à situação atual fundada no segredo bancário em que o herói é o “No Tell”.

* Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Cf. de modo mais desenvolvido, Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17 e ss.

² Trata-se da monografia *For Good and Evil. The impact of taxes on the Course of Civilization*, Lanham, New York, Oxford: Madison Books, 1999.

Um outro exemplo, que nos é muito próximo, pode encontrar-se na instituição do imposto designado *alcabala* – cuja raiz árabe significa direito sobre tudo o que se venda – que, durante o domínio espanhol, teria sido um dos fatores determinantes para a revolta dos portugueses e, consequentemente, para a restauração da independência em 1640³.

2. O imposto é hoje o principal meio de financiamento do Estado. Esta pressão fiscal foi-se acentuando ao ponto de o Estado atual ganhar o epíteto de *Estado Fiscal*⁴. De facto, o imposto ter-se-á assumido definitivamente como principal suporte das finanças públicas com a passagem do Estado de direito liberal para o Estado de direito social e a consequente imputação àquele ente público de novos *agenda*.

Na verdade, a realização das tarefas públicas progressivamente reconhecidas ao Estado exigiria a cobrança coerciva de receitas. Vejamos porquê. Em primeiro lugar, há bens de provisão pública, cujas características impedem a cobrança de tributos daquele tipo. Trata-se de *bens públicos puros*, isto é, bens produzidos ou providos pelo Estado que satisfazem passivamente as necessidades, não sendo possível a exclusão do consumo através do preço. Estes bens têm como principais características a *inexcluibilidade* – decorrente da impossibilidade de ser cobrado um preço pela sua utilização – e a *irrivalidade* no consumo – traduzida no facto de o uso do bem por parte de alguém em nada prejudicar que outrem dele beneficie (ou por outras palavras, o custo marginal que resulta da admissão de mais um consumidor é igual a zero). Não sendo possível exigir um preço, o mercado não fará uma provisão daqueles bens, ocorrendo falhas de mercado⁵. A iniciativa privada não estará interessada na produção de bens relativamente aos quais não pode cobrar um preço. Ainda que reconheçam utilidade ao bem em causa, os privados não têm interesse em financiar individualmente a produção de um bem que a todos beneficia de forma gratuita. “Não havendo ninguém disponível para pagar o preço, não haverá provisão do bem, ainda que as pessoas lhe atribuam uma utilidade

³ Mais desenvolvidamente, Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais*, *op. cit.*, p. 30 e ss.

⁴ Por todos, José Casalta Nabais, «Estado fiscal, cidadania e alguns dos seus problemas», *BCE*, vol. XLV-A (2002), p. 565; «O princípio da legalidade fiscal e os actuais desafios da tributação», *BFD*, Volume Comemorativo do 75.º tomo, Coimbra, 2003, p. 1057 e ss.; *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 191 e ss.

⁵ Para uma análise mais aprofundada destes conceitos *vide* Richard Musgrave e Peggy Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, Singapore: McGraw-Hill International Editions, 1989, p. 42 e ss.

superior ao custo da sua produção. Só o Estado, na medida em que se financia com uma receita coactiva (os impostos), que não depende da procura individualizada do bem, está em condições de proceder à respectiva provisão”⁶.

Em segundo lugar, há tarefas estaduais que, embora satisfaçam necessidades de procura individualizada, “sendo portanto os seus custos susceptíveis de ser divididos pelos cidadãos, por imperativos constitucionais, não podem, no todo ou em parte, ser financiadas senão por impostos. Assim ocorre na generalidade dos actuais Estados sociais, em que a realização de um determinado nível dos direitos económicos, sociais e culturais tem por exclusivo suporte financeiro os impostos”⁷. Isto mesmo ganha, ainda, uma importância sublinhada e agravada se tivermos em consideração o aumento das despesas do sector público administrativo⁸. Nesta medida, justifica-se a impossibilidade das finanças públicas assentarem predominantemente ou exclusivamente sobre a cobrança de tributos bilaterais. Os impostos aparecem como inevitáveis para o financiamento da *agenda* do Estado contemporâneo.

Todavia, o sentido e significado da estadualidade fiscal não se limita à vertente financeira das receitas públicas, compostas em grande medida pelos impostos, mas exprime-se também pela consequente limitação da intervenção estatal no domínio económico. O que naturalmente, não significa, como sublinha Casalta Nabais, que a política estadual tenha de ser a *económica*, no sentido atribuído pela doutrina e pela teoria do Estado do século XIX ao Estado liberal, ou um Estado económico negativo, como por vezes se designa o Estado oitocentista. Efectivamente, a entidade estadual não está impedida de assumir uma actuação económica positiva, desde logo, enquanto responsável pelo equilíbrio global da economia, e mesmo enquanto sujeito económico. O mecanismo de mercado não pode desempenhar todas as funções económicas, o que justifica que a partir da primeira metade do século XX, alguns economistas tenham sublinhado a necessidade da intervenção pública para guiar, corrigir e complementar o comportamento económico dos privados. “O que o estado fiscal não pode, sob pena de se negar a si mesmo, é

⁶ Fernando Rocha Andrade, *O Papel Financeiro do Estado*, texto de apoio às lições 3.^a a 7.^a da disciplina de Economia e Finanças Públicas, ano lectivo 2003/2004, p. 4. O estudo destes bens foi assumindo decisiva importância no âmbito da Economia e das Finanças Públicas, sobretudo a partir de alguns trabalhos de Paul Samuelson, cf. «The Pure Theory of Public Expenditure», *RES*, volume XXXVI (1954), p. 387 e ss.

⁷ José Casalta Nabais, «Estado Fiscal...», *op. cit.*, p. 571.

⁸ Sobre a evolução e aumento da despesa pública ao longo do século XX, pode ver-se o estudo de Vito Tanzi e Ludger Schuknecht, *Public Spending in the 20 th Century*, Cambridge University Press.

atingir uma dimensão tal que ponha em causa o princípio da subsidiariedade ou supletividade do estado na vida económica”⁹. Neste sentido, o Estado fiscal é ele próprio expressão da liberdade económica dos particulares, e, no que diz respeito à actividade com relevância fiscal, da liberdade para actuarem, dentro de um cenário de justiça fiscal, de molde a obter o resultado que lhes é mais favorável (*tax planning* ou *Steuerplanung*).

A ideia de justiça fiscal deve presidir, enquanto conceito central e inspirador, a qualquer sistema fiscal moderno. A tributação rege-se, na concretização da justiça fiscal que a legitima, por princípios jurídicos, alguns deles com assento constitucional. É assim com o princípio da legalidade, na sua dupla vertente: formal, ao implicar que em matéria de impostos haja uma intervenção de lei parlamentar, e material, ao exigir que a lei contenha a disciplina tão completa quanto possível da matéria reservada, o que, por sua vez, se projecta no princípio da tipicidade ou taxatividade. Tipicidade que revela também em sede do princípio da segurança jurídica, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, e que impõe ao legislador a proibição de normas fiscais retroactivas e ao intérprete a proibição da aplicação analógica dessas normas. Em sede de limites materiais da tributação, assume especial importância o princípio da igualdade fiscal, materializado na generalidade tributária – todos os cidadãos estão adstritos ao pagamento de impostos, não havendo distinções entre eles – e o princípio da uniformidade – a repartição dos impostos pelos contribuintes deve obedecer ao mesmo critério, o critério da capacidade contributiva¹⁰.

É a ideia de justiça fiscal que determina a aceitação das normas tributárias. Segundo Sousa Franco, “ela condiciona a própria eficiência e rendimento do sistema, na medida em que uma distribuição injusta estimulará a fraude e a evasão fiscais e distorcerá comportamentos”¹¹.

Por tudo isto, ao imposto é hoje reconhecido um fundamento ético-social: enquanto meio financeiro pago ao Estado, segundo a capacidade contributiva de cada um, para cumprimento de um programa de despesas públicas vantajosas à

⁹ José Casalta Nabais, «Estado Fiscal...», *op. cit.*, p. 570.

¹⁰ Sobre a justiça fiscal, pode ver-se, a título de exemplo, José Joaquim Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 260 e seguintes; Diogo Leite Campos e Mónica Horta Neves Leite Campos, *Direito Tributário*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 41 e ss., José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 154 e ss., A. L. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1995, p. 176 e ss.

¹¹ A. L. Sousa Franco, *Finanças Públicas*, *op. cit.*, p. 154.

coletividade dos contribuintes e enquanto poderoso instrumento de justiça social por via de uma tributação pautada pela redistribuição dos rendimentos.

3. O aumento da carga fiscal teve como consequência reactiva um conjunto de comportamentos do contribuinte no sentido de minimizar os custos da tributação e procurar aquilo que, na literatura, se designou de *poupança ou economia fiscal*¹². No conjunto dessas escolhas é possível distinguir condutas de poupança fiscal perfeitamente lícitas, por vezes queridas pela própria administração tributária, outras cuja licitude se questiona e outras ainda que violam claramente a lei fiscal. É neste último contexto que se enquadra a infracção fiscal. Isto é, a infracção fiscal situa-se assim na chamada escolha fiscal *contra legem*: o contribuinte elimina ou diminui o encargo tributário usando meios ilícitos, ou seja, violando diretamente os comandos legais¹³.

A violação da lei fiscal não tem implícita uma necessária relevância criminal da conduta. A dignidade penal do comportamento está sujeita ao conjunto de princípios que conformam um direito penal próprio de um Estado de Direito. Neste sentido, as condutas que venham a ser remetidas à esfera penal devem estar sujeitas quer aos princípios de um direito penal fragmentário, subsidiário e de *ultima ratio*, quer ao exame crítico do bem jurídico-penal protegido. Delimitam-se assim as coordenadas de *como* há-de intervir o direito penal.

É inegável que no domínio fiscal (e do pagamento de tributos) se verifica uma diversidade de comportamentos desviantes que implicam uma considerável danosidade social, aí residindo o fundamento legitimador da intervenção penal. Por outro lado, se tais considerações nos ajudam a responder ao *porquê* da intervenção penal, são insuficientes para a determinar a medida dessa intervenção; por outras palavras, não respondem a *como* deve ser a protecção oferecida pelo direito penal, qual a sua extensão e quais os seus limites. E, por fim, proteger o *quê*?

II. Como proibir?

4. As sanções que no nosso ordenamento se fazem corresponder à violação dos deveres tributários têm por *ratio essendi* o fundamento ético anteriormente assinalado. A censura de determinados comportamentos tem por substrato o

¹² Cf., por todos e com adicionais referências bibliográficas, Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais...*, op. cit., p. 42 e ss.

¹³ Cf. Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais...*, op. cit., p. 48 e ss.

incumprimento do dever de contribuir, segundo a sua capacidade económica individual, para o cumprimento de funções públicas em benefício da colectividade. Ainda assim, se o nosso ordenamento, tal como a maior parte dos ordenamentos que nos são próximos, prevê sanções criminais e sanções administrativas, cabe perguntar quais as características que uma determinada conduta há-de ter para que seja considerada um crime fiscal. A pretensa diferença entre ilícitos fiscais e ilícitos criminais tem pressuposta a problemática mais abrangente do critério de distinção entre ilícito administrativo e ilícito criminal. A amplitude desta questão excede largamente o âmbito deste trabalho¹⁴. Dir-se-á, porém, que no plano da lei, a questão da natureza jurídica da infracção fiscal está de algum modo resolvida, reconhecendo-se a dignidade penal algumas das condutas violadoras dos deveres tributários e fiscais.

Todavia, esta é uma questão historicamente debatida na literatura dedicada a este tema. A natureza jurídica da infracção fiscal, designadamente o seu carácter criminal ou administrativo, foi na realidade uma das questões mais controversas que atravessou a doutrina e a própria legislação portuguesa do século XX¹⁵.

De um lado, estiveram os defensores de uma teoria *administrativista* que, atendendo à função essencialmente utilitária das disposições repressivas fiscais, concebiam as infracções fiscais como fundamentalmente infracções administrativas. O ilícito fiscal preenchia assim inteiramente as características essenciais do ilícito administrativo ou ilícito policial, que começava a autonomizar-se nalguns ordenamentos jurídicos, *e. g.*, Alemanha e Portugal. Entendia-se que as “infracções fiscais ao atingirem os direitos do Estado, não têm nada de semelhante com as infracções comuns que atingem os bens dos indivíduos, pois neste último caso, a infracção é imoral e a punição assenta na culpa, enquanto que as infracções fiscais são meras infracções de ordem que colocam entraves à aplicação da lei

¹⁴ Sobre esta problemática distinção, Nuno Brandão, *Crimes e Contra-ordenações: da cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016. Também, em especial no âmbito tributário, Susana Aires de Sousa, «A natureza jurídica da infração fiscal: oscilando entre crime e contraordenação», in: *Contraordenações Tributárias, Coleção Formação Contínua*, Jurisdição Administrativa e Fiscal, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 69-78.

¹⁵ Sobre este ponto veja-se Susana Aires de Sousa, «A infracção fiscal (e a sua natureza) no direito português: breve percurso histórico», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida, Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2012, p. 999-1014 (também publicado no *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, 2010, p. 39-59), disponível em http://ucdigdspace.fccn.pt/bitstream/10316.2/24712/1/BoletimLIII_Artigo2.

fiscal”¹⁶. Excluía-se assim esta ofensa do domínio criminal. Na doutrina portuguesa, muito próximos desta teoria, atendendo ao contexto legal então vigente, encontramos os escritos de Cardoso da Costa e de Martins Eusébio.

Por sua vez, a *teoria penalista*, segundo a qual a infração fiscal não é qualitativamente diferente da infração criminal, uma vez que a gravidade de certas ofensas fiscais desde há muito deixara de ser eticamente neutra. A evolução do direito tributário demonstra que os sistemas fiscais se encontram profundamente marcados por preocupações éticas e de justiça social. Destaca-se ainda que alguns dos comportamentos puníveis segundo o direito penal comum abrangem actos com igual desvalor às condutas violadoras das normas tributárias, por exemplo, o crime de burla, o crime de abuso de confiança, o crime de falsificação de documentos. Neste sentido se inclinam os escritos de Eduardo Correia e de Eliana Gersão.

Na legislação portuguesa, acaba por vencer e merecer consagração legal em uma *teoria dualista* segundo a qual se entende que a violação das leis fiscais pode revestir em alguns casos natureza criminal, em outros, na sua maioria, uma natureza administrativa. Esta natureza dupla é reconhecida pelo artigo 2.º, n.º 2 do Regime Geral das Infrações Tributárias. Assim, ainda que certas infrações fiscais sejam tuteladas pelo direito de mera ordenação social, outras há que têm natureza e dignidade penal; desde logo, pela própria modificação social no sentido de se reconhecer às condutas mais graves em matéria fiscal uma relevância ética e social, e, como tal, capaz de sustentar materialmente uma intervenção punitiva de natureza criminal. A dignidade penal de algumas condutas é consequentemente reclamada e reconhecida, dentro dos princípios e garantias que enformam o sistema jurídico-penal¹⁷.

A questão que hoje se coloca, quanto a nós, é a de saber se, por vezes, determinada opção legislativa pela criminalização da conduta não se mostra excessiva. Questão que se prende com o *que deve ser protegido* por via do direito penal fiscal.

III. O quê proibir?

¹⁶ Nuno de Sá Gomes, *Evasão Fiscal, Infração Fiscal e Processo Penal Fiscal*, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000, p. 47.

¹⁷ Mais desenvolvidamente, Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, em particular, p. 246 e ss.

5. Quando se pergunta pelo objecto de tutela penal de uma incriminação, proibitiva de um comportamento, somos necessariamente remetidos para a questão do bem jurídico, entendido como condição essencial da realização humana em sociedade e parâmetro fundamental de aferição da legitimidade de uma incriminação.

É certo que, tanto as contraordenações como os crimes servem a protecção de bens jurídicos. Só que, em nosso modo de ver, enquanto no domínio do direito penal, o bem jurídico, penetra a própria incriminação cumprindo uma função crítica e conformadora do próprio ilícito penal, já nas contraordenações, dado o seu carácter antecipatório da tutela de bens jurídicos, o ilícito está afastado do respetivo objecto de tutela. Neste sentido, concordamos com Figueiredo Dias quando considera que “em certas infracções – os crimes – o bem jurídico protegido se contém logo, expressa ou implicitamente, na própria conduta como tal, noutras – as contra-ordenações – ele se encontra fora dela e só se desenha quando a conduta se conexas com a regra legal que a proíbe”¹⁸.

Para além do mais, a protecção de um bem jurídico só por si não chega para fazer intervir o direito penal. A elevação de uma qualquer conduta à categoria de ilícito *criminal* tem necessariamente de passar pela tutela de um interesse com aquela natureza em cumprimento do princípio da *dignidade penal* mas também e pelo crivo da *carência de tutela penal*. Tal decorre de modo essencial e necessário do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República portuguesa.

É certo que o direito penal fiscal tem vindo a ser apontado por algumas vozes doutrinárias como expressão de uma expansão indevida do direito penal das últimas décadas. Com efeito, em alguma literatura penal o delito fiscal aparece como exemplo da expansão do direito penal e espectro de um direito penal simbólico e promocional¹⁹, e, neste sentido, revelador de uma certa “administrativização” do direito penal.

¹⁸ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 162 e s.

¹⁹ Entre os quatro exemplos dados por Silva Sánchez para ilustrar a função simbólica do direito penal moderno conta-se o delito espanhol de *defraudación tributaria*, pois, considerada na sua individualidade, a conduta não revela a materialidade das infracções penais. O autor toma, todavia, como bem jurídico a proteger por aquela incriminação o «processo de distribuição da renda», cf. *La expansión del derecho Penal*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p.105 e ss.

O modo mais expansivo ou mais reduzido como o direito penal deva responder aos novos problemas colocados pela realidade social, determina o confronto aberto entre *garantismo* e *funcionalismo*, entre um direito penal que se demite de tutelar interesses novos, relevados pelo devir dos tempos, e um direito penal que se torna capitulação ou “*lunga manus*” da política criminal, isto é, num “direito penal funcionalizado pela política criminal”²⁰.

Se o grande risco, comprovado historicamente, de uma concepção funcional e promocional do direito penal é a transformação das suas normas num instrumento de governo, não pode deixar de se reconhecer as enormes dificuldades causadas pelo espartilho do garantismo neo-iluminista na resposta às novas exigências de tutela penal.

6. Uma das questões de natureza dogmática mais discutidas na doutrina penal refere-se ao bem jurídico tutelado pelas incriminações fiscais, oscilando a literatura penal entre um modelo funcionalista e um modelo patrimonialista²¹. O primeiro acentua, em regra, a instrumentalidade das receitas fiscais para a prossecução do bem-estar da colectividade e das pessoas que a compõem. Este ponto de partida fez com que, neste domínio, alguns autores aludissem a um nova categoria de bens: os bens-prestação que sustentam a disponibilidade económica e financeira e sem os quais se torna impossível a assunção das funções típicas de um Estado social de direito; concretizam-se, em geral, na correcta gestão económica, na criação dos pressupostos necessários ao desenvolvimento racional da vida económica, no

²⁰ Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 169, *apud* Fermín Morales Prats, «Funciones del derecho penal y sociedad civil», in: *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1998,...», p. 58 e 59.

²¹ Estes modelos reflectem-se também na doutrina portuguesa, em diversos textos e autores, como por exemplo, Manuel da Costa Andrade, «A Fraude Fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”?», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, *op. cit.*, p. 270-271; Cf. Américo Taipa de Carvalho / José Damião Cunha, «“Facturas falsas”: crime de fraude fiscal ou de burla?», in: *Jus et de Jure. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa-Porto*, Porto, 1998, p. 860; Augusto Silva Dias, «Os crimes de Fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal. Alguns aspectos dogmáticos e político-criminais», *Ciência e Técnica Fiscal* 394 (1999), p. 57; Mário Ferreira Monte, *Da Legitimação do Direito Penal Tributário, em Particular, os Paradigmáticos Casos de Facturas Falsas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 260; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Tributário*, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2009, p. 92; André Teixeira dos Santos, *O Crime de Fraude Fiscal. Um Contributo para a Configuração do Tipo Objectivo de Ilícito a partir do Bem Jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 124, Miguel João de Almeida Costa, «A fraude fiscal como crime de aptidão. Facturas Falsas e Concurso de Infracções», in: *Miscelâneas 6 (2010)*, IDET, Coimbra: Livraria Almedina, p. 214 e s.; Susana Aires de Sousa «Os crimes fiscais na Alemanha e em Portugal: entre semelhanças e diferenças», *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünérfeldt*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1125 e ss.

equilíbrio do sistema económico, no bom funcionamento do sistema fiscal e na percepção regular das receitas tributárias²².

Não nos parece que estes bens possam cumprir a função crítica que há pouco assinalámos ao bem jurídico-penal. O que verdadeiramente se sublinha são valores ideais que constituem o substrato da razão da tutela penal. Tais valores constituem as *rationes* da tutela penal. Os conceitos de bem e de *ratio*, assim como as funções concretas que a ambos são reconhecidas no sistema penal não se confundem. A *ratio* da norma revela-se essencial para uma sistematização racional e eficiente das leis penais e constitui um instrumento indispensável para a interpretação teleológica das normas incriminadoras e para a reconstrução do sistema. Mas ela é, pela sua própria natureza, imanente e intrínseca à norma e, como tal, incapaz de desempenhar um qualquer papel crítico na conformação do ilícito. Aceitá-la como bem jurídico protegido nas incriminações fiscais é fazer renascer uma concepção metodológica de bem jurídico cuja única função reside em clarificar o significado e o fim dos preceitos normativos. Fica irremediavelmente perdida qualquer função crítica que se deva exigir à categoria de bem jurídico indispensável de uma perspectiva de garantia e delimitação da intervenção penal²³. Acrescente-se ainda que no campo específico dos crimes fiscais, considerar como bem jurídico a proteger o sistema económico, ou o correcto funcionamento do sistema fiscal, ou as funções e finalidades reconhecidas às receitas tributárias, parece-nos revelador de uma demasiada e desnecessária antecipação da tutela penal – conduzindo à pura incriminação da violação de deveres por parte do contribuinte.

Poderá o modelo patrimonialista conduzir a um resultado diferente que pronuncie um bem jurídico capaz de servir uma função crítica na disciplina penal fiscal? Entre as várias críticas apontadas à teoria patrimonialista, há uma que merece especial reflexão por constituir um forte obstáculo à compreensão do património do Estado como objecto de tutela penal. Esta reserva fundamenta-se no carácter demasiadamente vasto do erário público para que possa cumprir a função de padrão crítico assinalada à categoria de bem jurídico-penal.

De facto, definir património do Estado não se apresenta tarefa fácil. Na sua aceção ampla, como refere Sousa Franco, o património “é constituído pelos bens

²² Sobre a categoria dos bens-prestação, sugerida, sobretudo, pela doutrina italiana *vide* Sergio Moccia, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», in: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997, p. 120-121.

²³ No mesmo sentido, Sergio Moccia, «De la tutela de funciones...», *op. cit.*, p. 122.

susceptíveis de satisfazerem necessidades económicas de que o Estado é titular e pelas responsabilidades que sobre eles impendem: ele tem sempre um activo (bens) e um passivo (responsabilidades)”²⁴. O património global do Estado, constituído pelos bens do activo e pelas responsabilidades do passivo que se referem a esses bens não pode, pela sua larga extensão eleger-se como bem jurídico-penal dos crimes fiscais.

Impõe-se assim uma maior concretização do objecto de protecção das infracções fiscais de natureza penal. Defendemos que ele coincide com o património fiscal do Estado, *rectius*, com o conjunto das receitas fiscais de que o Estado é titular. Trata-se, naturalmente, de um elemento que integra o património estadual, mas com uma autonomia própria, decorrente de um regime especial (fiscal) que lhe confere uma unidade de sentido.

7. O bem jurídico-penal protegido pelos crimes fiscais concretiza-se na obtenção das receitas fiscais, reconhecendo-lhe necessariamente uma natureza patrimonial.

Trata-se de um bem jurídico colectivo cuja titularidade pertence à comunidade dos indivíduos, por meio do Estado que se compromete a realizar uma gestão adequada e a prosseguir objectivos económicos e sociais reconhecidos como fundamentais pela sociedade. O critério por nós utilizado para determinar os contornos de um bem jurídico colectivo ou supra-individual é importado da economia e traduz-se no princípio da não exclusão, segundo o qual são bens colectivos aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído (inexcluíbilidade). No entanto, para que seja um bem colectivo, a sua utilização não tem de ser irrisória (como vimos, há irrisoriedade quando a utilização do bem por mais uma pessoa tem um custo marginal de zero). Ninguém pode ser excluído dos benefícios que advêm das receitas fiscais; todavia, estes recursos são finitos e vão-se consumindo ao longo do ano financeiro.

É a própria comunidade que vai absorvendo, em cada ano, o montante das receitas fiscais descrito no orçamento comunitário. Em regra, a fruição daquelas receitas não é passível de ser individualizada, ou seja, não é possível determinar em que medida se dá o consumo individualizado daquele bem, com a particularidade que cada indivíduo sabe que o seu benefício é independente da sua contribuição. Não havendo possibilidade de exclusão do uso e dada a distância quantitativa entre a contribuição de cada um e o montante global das receitas

²⁴ António L. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 303.

fiscais, cada indivíduo sabe que a sua não participação não põe em causa a produção do bem, colocando-se na posição de *free rider*, ficando à espera que outros contribuam para a produção do bem. Assim se justifica que cada um seja chamado coactivamente a contribuir, e que a conduta do *free rider* seja sancionada, e, em determinadas situações, criminalizada dentro dos limites estabelecidos pelos princípios e garantias próprios do direito penal.

8. Conclui-se, assim, ser possível encontrar no domínio fiscal uma diversidade de comportamentos impregnados de uma considerável danosidade social. As considerações que desenvolvemos anteriormente sobre o fundamento legitimador da intervenção penal no âmbito da fiscalidade pretenderam demonstrar e justificar esta mesma conclusão. Contudo, se tais considerações nos ajudam a responder ao *porquê* da intervenção penal, não nos auxiliam na determinação da medida dessa intervenção, por outras palavras, não respondem a *como* deve actuar o direito penal. A conformação do ilícito fiscal e das condutas que hão-de entrar na esfera penal devem estar sujeitos, como se referiu, quer aos princípios de um direito penal fragmentário, subsidiário e de *ultima ratio*, quer ao exame crítico do bem jurídico-penal protegido. Para cumprir a sua função crítica, o bem jurídico não pode ser definido como resultado posterior à configuração do ilícito, antes tem de pré-existir e presidir materialmente à incriminação fiscal.

Uma correcta compreensão do bem jurídico-penal protegido no direito penal fiscal, dotado de uma natureza patrimonial, permite que ele possa exercer a sua função de padrão crítico da norma incriminadora: constitui por exemplo um dos apoios na interpretação dogmática dos limiares mínimos (quantitativos) de relevância penal da conduta ao nível do tipo de ilícito (15 000 euros no que respeita ao crime de *Fraude Fiscal* e 7500 euros no que concerne à incriminação de *Abuso de confiança fiscal*) ou, num outro exemplo ilustrativo, legitima algumas dúvidas quanto à conformação legal do crime de abuso de confiança fiscal como um crime de mera desobediência à entrega de quantias tributárias deduzidas²⁵.

²⁵ Sobre este ponto, Manuel da Costa Andrade / Susana Aires de Sousa, «As metamorfoses e desventuras de um crime (de abuso de confiança fiscal) irrequeto. Reflexões críticas a propósito da alteração introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17 (2007), p. 53-72; também Susana Aires de Sousa «O limiar mínimo de punição da *Fraude fiscal* (qualificada): entre duas leituras jurisprudenciais divergentes. Anotação aos acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Maio de 2009 e do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Março de 2011», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21 (2011), n.º 4.

É evidente que estas conclusões não são exclusivamente sustentadas no princípio da tutela subsidiária de bens jurídicos, antes convocam de igual modo a mobilização de outros princípios jurídico-penais. Isto é, o bem jurídico indica, juntamente com os princípios da fragmentaridade, da subsidiariedade e de *ultima ratio*, do direito penal, a montante, e com as finalidades das penas, a jusante, o que pode ser legitimamente tutelado através das sanções penais: a obtenção de receitas fiscais, desde que não possam ser suficientemente protegidas por via de outros ramos do direito sancionatório menos gravosos do que o direito penal.

OS ATENTADOS À CONCORRÊNCIA, A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO PENAL

Flávia Novera Loureiro*

Sumário

I. Apresentação do problema: as infrações económicas entre o direito penal e o direito de mera ordenação social; II. A solução contraordenacional e os atentados à concorrência; III. A mínima intervenção penal e a necessidade de proteção de direitos fundamentais.

I. Apresentação do problema: as infrações económicas entre o direito penal e o direito de mera ordenação social

Não é banalidade afirmar, sobretudo no mundo em que hoje vivemos, que o direito penal deve ser regido por um princípio da mínima intervenção, mantendo a sua marca original de direito de *ultima ratio*, contendo dentro dos limites do mínimo indispensável os seus poderes fortemente limitativos de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Se assim foi sempre, desde a conceção oitocentista liberal que cunhou a génese do direito penal moderno, assim deve ser igualmente hoje – talvez até particularmente hoje –, pois que vivemos um tempo em que parecem tornar-se cada vez mais diáfanas as fronteiras do direito penal, seja no sentido de se alargarem as raias da punibilidade criminal a um conjunto cada vez mais alargado de áreas¹, seja – sobretudo, segundo cremos – no de se

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Muito se tem dito sobre as fronteiras do direito penal, a sua elasticidade ou rigidez, e a necessidade de não perder de vista o princípio da intervenção mínima. Cf., por particularmente impressivas a este respeito, as considerações de CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, "Los fenómenos de la expansión y de la reducción en el Derecho Penal Económico", in *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia*

usurparem instrumentos e mecanismos que desde sempre pertenceram em exclusividade ao direito penal entregando-os a outros ramos sancionadores².

Afirma-lo não significa, todavia, como em diversos ocasiões tivemos já oportunidade de sustentar³, que deva o direito penal permanecer estático, remetido apenas, ao estilo da Escola de Frankfurt, àquele que constituiu o seu núcleo essencial primitivo, sobretudo centrado em torno da proteção dos mais importantes bens jurídicos pessoais, mas antes que tem de adaptar-se, de evoluir, de corresponder às necessidades mutáveis da comunidade a que respeita. Há de fazê-lo, todavia – e este é o seu grande desafio –, sem se descaracterizar, mantendo as suas linhas essenciais e conseguindo detetar, em cada tempo e lugar, quais são, afinal, os bens jurídicos comunitários que exigem a sua proteção⁴, adequando a sua mancha de atuação sem a expandir de modo inadmissível⁵.

Dentro dos distintos reptos que a sociedade contemporânea nos lança neste domínio, um dos que mais importância tem revelado é aquele que diz respeito à relação que deva estabelecer-se entre direito e economia, mais exatamente, entre infrações económicas e direito penal. De facto, tendo em conta a conceção económica liberal vigente na generalidade dos Estados, implementada sobretudo a partir do último quartel do século passado, é comum defender-se que a intervenção estatal na economia não é desejável, devendo reduzir-se à delimitação das grandes linhas da política económica, deixando depois aos agentes económicos

e Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 401-420; e de PHILIPPE BONFILS, "Les frontières du droit pénal des affaires", *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 2, 2011, pp. 325-330.

² Veja-se o que a este propósito dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, "Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a 'criminalização' do direito administrativo sancionatório", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 227-42, e para que havíamos já chamado a atenção antes em *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 233 e ss.

³ Veja-se o que dissemos, por exemplo, em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos - subsídio para o estudo da figura da acumulação*, Coimbra: dissertação de mestrado, 2007, pp. 5 e ss. e pp. 48 e ss., e em "Os problemas económico-financeiros transnacionais e o encurtamento dos direitos humanos - que papel para o direito penal?", in *Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2012, pp. 195-205.

⁴ Continuamos, pois, a estar do lado daqueles que entendem ser o direito penal substancialmente legitimado pela necessidade de tutela subsidiária de bens jurídicos. Cf., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 113 e ss.

⁵ Ou restringindo-a mesmo, naturalmente, quando estejamos perante comportamentos que, à luz dos valores comunitários vigentes, devem deixar de fazer parte do rol criminal.

a concretização desse desiderato, de acordo com regras que eles próprios estabeleçam e que acomodem os mecanismos específicos do mercado concorrencial⁶.

Naturalmente, uma tal conceção erige dificuldades de monta quando as regras estabelecidas não sejam respeitadas e isso redunde na causação de danos sérios a pessoas e bens, *rectius*, a valores relevantes da comunidade em causa. Como deva lidar-se com esse momento patológico, nomeadamente fazendo intervir que tipo de instrumentos jurídicos, é questão que de há muito se vem colocando e que redunde, na realidade, num dos mais debatidos problemas do direito sancionatório português: o da razão de escolha entre o direito de mera ordenação social e o direito penal⁷.

II. A solução contraordenacional e os atentados à concorrência

Como se sabe, muito embora se reconheça a necessidade de existência de um direito penal económico cada vez mais vasto⁸, dada a multiplicidade de áreas de

⁶ Para uma aproximação à noção de direito económico e às diversas dimensões dos seus dois constituintes, direito e economia, cf., por todos, LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, Coimbra Editora, 2012 (6.ª edição), p. 7 e ss., e MARIA MANUELA LEITÃO MARQUES, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS E MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito Económico*, Almedina, 2011 (6.ª edição revista e atualizada), p. 3 e ss.

⁷ Esta é, naturalmente, uma discussão que não se limita às matérias económicas, mas que antes se coloca face a um conjunto de novas realidades que tem vindo a demandar a atenção do direito e a colocar especiais dificuldades quanto à determinação das fronteiras do direito penal. Áreas como o ambiente, a genética ou a informática juntam-se, por exemplo, à concorrência ou ao mercado de valores mobiliários para interrogar o direito penal sobre o papel que ele desempenha na tutela dos bens jurídicos fundamentais de uma comunidade e quais os instrumentos dogmáticos que possui para fazer face a estes novos desafios. Cf., entre a vasta bibliografia que a este respeito pode ser encontrada em vários idiomas, FERNANDO TORRÃO, "Os novos campos de aplicação do Direito Penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva pluridisciplinar)", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 331-362; JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001 (2ª ed. revista e ampliada); e CLAUS ROXIN, "La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro", Eser/ Hassemer/ Burkhardt/ Muñoz Conde, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 389-421.

⁸ Para acompanhar algumas das principais questões de direito penal económico cf., entre nós, EDUARDO CORREIA E OUTROS, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I a IV, Coimbra Editora; JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Quarteto, Coimbra, 2003; JOSÉ DE FARIA COSTA (coord.), *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra, 2005. Internacionalmente, a bibliografia é abundante, pelo que nos atemos à indicação de alguns Autores essenciais: KLAUS TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, e *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Carl Heymanns Verlag, 2010; ALBERTO ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010; CHRISTOPHER

atuação humana em que manifesta e as características específicas que hodiernamente uma tal atividade económica vem adquirindo⁹, tem-se assumido concomitantemente a tendência de que a generalidade da franja de ilicitude económica deve ser entregue ao direito de mera ordenação social. É usual defender-se que, quando seja necessária a intervenção de um direito sancionatório em matéria económica, um tal papel deve ser desempenhado pelo direito contraordenacional, listando-se argumentos que vão desde o facto de este ser mais facilmente coadunável com a preferência pelo modelo de regulação e, portanto, a existência das entidades reguladoras e seus poderes; ao de estar mais preparado a responder às necessidades resultantes de esta ser, por natureza, uma área fértil em pessoas coletivas, ou ao de ser mais flexível tanto em termos de imputação como no leque de sanções ao dispor.

De facto, o direito de mera ordenação social, enquanto direito sancionatório substancial e formalmente menos gravoso que o direito penal, tem um âmbito de aplicação muito mais alargado, cobrindo um amplo leque de situações – entre si bastante distintas – para as quais é preciso prever a sanção dos comportamentos ilícitos mas onde não se verificam exigências semelhantes às do direito penal. Em boa verdade, ao menos na sua génese (muito embora esta seja uma ideia cada vez mais posta em causa¹⁰), a mera ordenação social está prevista para condutas que,

HARDING, *Criminal Enterprise. Individuals, organizations and criminal responsibility*, Willan Publishing, 2007; ENRIQUE BACIGALUPO, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Barcelona, 2005; e MIREILLE DELMAS-MARTY e GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE, *Droit Pénal des Affaires*, Thémis, 2000.

⁹ É usual assacar-se à atividade económica moderna os seguintes predicados: desestatização, privatização, abertura dos mercados e desregulamentação. Para uma análise destas características, cf. o que dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, "Os problemas económico-financeiros transnacionais e o encurtamento dos direitos humanos - que papel para o direito penal?", in *Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2012, pp. 195-205.

¹⁰ Ver, entre outras, as reflexões de FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 7, 1997, pp. 7-100, e "As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, 243-62.; NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 229 e ss. e pp. 565 e ss., e "Para um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 277-88.; ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 401 e ss.; e FERNANDO CONDE MONTEIRO, "Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 203-25.

sendo em si próprias axiologicamente neutras¹¹, não exigem o gravame de uma sanção penal, bastando-se com a aplicação de uma coima por uma autoridade administrativa¹². Por aplicar sanções menos limitativas de direitos, liberdades e garantias, o processo contraordenacional é igualmente mais aligeirado, permitindo uma maior celeridade na condução do procedimento e uma maior flexibilidade no momento de aplicação da sanção (sobretudo porque o direito das contraordenações tem ao seu dispor, além de coimas de molduras variáveis, um leque relativamente amplo de sanções acessórias, sendo, por isso, mais adequável à situação concreta), sendo conduzido por autoridades administrativas, que têm igualmente competência para aplicação das respetivas sanções (em procedimento que é portanto não judicializado – muito embora com possibilidade de reação para os tribunais¹³).

Este panorama que assim ligeiramente traçámos é aquele que podemos encontrar quando lidamos, especificamente, com as infrações concorrenciais¹⁴. Na

¹¹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Para uma dogmática do direito penal secundário", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 116.º (1983-84), pp. 263 e ss., e 117.º (1984-85), pp. 7 e ss., sublinhando que o que no direito de mera ordenação é axiologicamente neutro não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal. Uma vez conexcionada com tal proibição legal, todavia, a conduta passa a constituir substrato idóneo do desvalor ético-social. Uma tal distinção assentea, portanto, num critério material.

¹² A propósito do direito de mera ordenação social cf., de entre a ampla bibliografia portuguesa nesta matéria, EDUARDO CORREIA, "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49 (1973), pp. 257 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", *Jornadas de Direito Criminal, O Nono Código Penal Português e a Legislação Complementar*, CEJ, Coimbra, 1983, pp. 315 e ss.; MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã)", *Revista de Direito e Economia*, 6/7, 1980/81, pp. 81-121; JOSÉ DE FARIA COSTA, "A importância da recorrência no pensamento jurídico", *Revista de Direito e Economia*, 9 (1983), pp. 3 e ss.; e JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*, UCE, Lisboa, 2008.

¹³ Estes tribunais são, por regra, os tribunais criminais. Deve notar-se, todavia, que o decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, que, entre outros, procedeu à alteração do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, alargando-se a jurisdição administrativa à impugnação de decisões que apliquem coimas no âmbito do ilícito de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo em matéria de urbanismo. Como se diz na exposição de motivos do diploma em causa, a intenção é a de expandir progressivamente esta jurisdição aos processos que têm por objeto a impugnação das decisões da Administração Pública que apliquem coimas no âmbito do ilícito de mera ordenação social noutros domínios. Trata-se, na verdade, de uma alteração muito significativa e pouco pacífica, que não cabe aqui analisar por força do escopo deste trabalho, mas para a qual não podemos deixar de chamar a atenção. A este respeito, cf., por todos, MÁRIO FERREIRA MONTE, "Da (discutível) integração do processo contraordenacional nos quadros do direito e processo administrativos - Crítica ao artigo 4.º, n.º 1, alínea l), do ETAF", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 809-821.

¹⁴ Analisando a opção entre o direito penal e o direito administrativo sancionatório em matéria de direito antitrust, EDUARDO REALE FERRARI, "A (in)dependência entre as instâncias administrativas e

verdade, o nosso regime jurídico da concorrência – atualmente vertido na lei n.º 19/2012, de 8 de maio – proíbe, *tout court* ou apenas em algumas circunstâncias¹⁵, um conjunto de comportamentos que considera práticas restritivas da concorrência, fazendo corresponder ao desrespeito por tais preceitos uma ou mais contraordenação (nos termos, desde logo, do art. 67.º e das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 68.º¹⁶)¹⁷. Tais comportamentos são proibidos pelo legislador (tanto pelo nacional como pelo europeu¹⁸) em função do perigo ou dano¹⁹ que causam à concorrência – à liberdade de concorrência²⁰ – entendida como bem comunitário

penais nos crimes de cartel e os reflexos no âmbito de mediação do conflito”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 345-361.

¹⁵ No caso de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, os comportamentos são, em princípio, proibidos, considerando-se nulos, nos termos do art. 9.º do diploma, só podendo ser justificados nos estreitos casos previstos no art. 10.º (globalmente, e sem entrar em especificações que aqui seriam despidiendas, aqueles que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente, reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante, não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos, não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa). Já nas hipóteses de abuso de posição dominante (art. 11.º) e abuso de dependência económica (art. 12.º), como resulta aliás da própria designação, a prática em causa só é considerada restritiva quando configure uma atuação abusiva. Como veremos amis adiante, esta diferença não é para nós de pouca significância e suportará mesmo, *de iure condendo*, um tratamento diferenciado dos ilícitos em causa. Para mais desenvolvimentos a este respeito, cf. o que dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 285 e ss.

¹⁶ Para uma análise destes preceitos, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS E FLÁVIA LOUREIRO, "Anotação ao art. 67.º", in *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 680-683, e "Anotação ao art. 68.º", in *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 684-698.

¹⁷ Deve sublinhar-se, todavia, que o número de contraordenações previstas na lei n.º 19/2012 é muito mais extenso, abarcando comportamentos *secundários* e *acessórios*, como é o caso da prestação de informações falsas ou inexatas à Autoridade da Concorrência, da não colaboração com essa Autoridade ou obstrução ao exercício dos respetivos poderes, ou da realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição ou que hajam sido proibidas, para indicar apenas algumas de entre o vasto leque que pode ser encontrado no art. 68.º do diploma.

¹⁸ Cf. arts. 101.º e 102.º do TFUE – e, bem assim, dada a necessária articulação entre o sistema europeu e o nacional, o art. 13.º e a alínea b) do n.º 1 do art. 68.º da lei n.º 19/2012.

¹⁹ A propósito da caracterização destas infrações como de perigo ou de dano, cf. a reflexão que fizemos – com extrapolação para a possibilidade de criação de crimes concorrenciais – em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 305-306.

²⁰ É nosso entendimento que a liberdade de concorrência corresponde, como veremos, a um bem jurídico digno e carente de tutela penal, ao menos em algumas circunstâncias (quando estejam em causa os atentados mais graves a uma tal liberdade). Para uma análise detalhada do bem jurídico em causa, do seu referente constitucional e das razões pelas quais entendemos suscitar a intervenção do direito

com relevo suficiente para suscitar a necessidade de proteção estatal. Ainda assim, quer no nosso modelo quer no da União Europeia, a opção tem sido a de tratar tais ilícitos como contraordenacionais, apondo-lhes coimas e, porventura, sanções acessórias.

As razões para uma tal escolha são sobejamente conhecidas e partilham, aliás, do lastro comum que apontámos já para a generalidade das contraordenações. Por um lado, militarão no sentido da eleição do direito de mera ordenação social questões de natureza material, poderemos dizer assim, para aqueles que entendam não ter a liberdade de concorrência, porquanto mera decisão de política económica, dignidade suficiente para ser considerada como bem jurídico-penal²¹. Por outro, poderá dizer-se que, ainda que se aceite estarmos perante um tal bem jurídico, não necessite tal valor ou interesse de proteção penal, seja por estar adequadamente protegido pelas demais manifestações do nosso ordenamento jurídico, em particular pelo direito contraordenacional, seja por caber ao legislador ordinário, na falta de imposição constitucional, a opção entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, de acordo com os seus próprios critérios de política sancionatória²². Por último, poderão também ser aduzidos argumentos de eficácia, por todos quantos julguem que, ainda que a liberdade de concorrência possa ultrapassar os dois critérios anteriores, a tutela penal de um tal bem não vá produzir os efeitos desejados, por não ser operativa, ficar aquém do pretendido, ou produzir mesmo efeitos nefastos dada a intervenção do *instrumentarium* penal.

Tendo-se em conta apenas uma, várias ou mesmo a totalidade das linhas argumentativas utilizadas, o que parece certo, e é por todos apontado, é que a colocação das infrações concorrenciais dentro dos limites territoriais do direito contraordenacional obedece à *ratio* da mínima intervenção penal, depurando o espaço de ingerência do direito criminal e libertando, nessa medida, os cidadãos da interferência exagerada dos mais fortes poderes estatais. Nesse sentido, a tutela de mera ordenação social parece cumprir, neste caso concreto, umas das funções

penal, cf. o que dissemos em FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 244 e ss.

²¹ Cf., neste sentido, HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *La protección penal del mercado competitivo: una teoría general desde el bien jurídico*, Barcelona: Facultat de Dret Universitat de Barcelona, 1984; e *Bien Jurídico y Estado Social de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Santiago do Chile: Editorial Jurídica Consur, 1992.

²² Neste sentido, se bem entendemos, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 615 e ss., e "Para um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 277-88.

político-criminais que esteve na sua origem, a de permitir o controlo racional da expansão do direito penal²³.

III. A mínima intervenção penal e a necessidade de proteção de direitos fundamentais

Não nos parece, todavia, que a questão deva colocar-se nestes exatos termos, pois que julgamos falharem aqui alguns pressupostos de base, que queremos agora ponderar criticamente. Em primeiro lugar, começando por aquele que é, quanto a nós, o aspeto essencial na delimitação entre os dois ramos do direito, não assestamos razão àqueles que consideram não ser a liberdade concorrencial bem digno de tutela penal. De facto, se é certo, como começámos por afirmar, que o direito penal obedece a uma lógica intrínseca de *ultima ratio*, devendo compreender-se como subsidiário e agir enquanto tal, apenas quando estejam em causa bens jurídicos essenciais de uma comunidade (e estes não sejam suficientemente tutelados pelos demais ramos do direito), não podemos aceitar sem mais que a liberdade de concorrência não pertença a esse grupo nuclear de bens.

Na verdade, a proteção da liberdade de concorrência apresenta-se-nos como um verdadeiro bem jurídico supra-individual coletivo²⁴, destinado a proteger, direta e imediatamente, o mecanismos concorrencial e o seu funcionamento, considerando que este corresponde a um interesse da comunidade. Está em causa, em nosso entender, não apenas o interesse em assegurar um determinado modelo económico, como, principalmente, os fins de ordem política que se pretendem atingir através desse modelo: a possibilidade de desenvolvimento de uma faceta fundamental da liberdade individual, a liberdade económica²⁵.

²³ Para utilizarmos as palavras de FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, p. 243.

²⁴ Assim o caracterizámos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 246 e ss., utilizando um modelo categorial que havíamos buscado antes em *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos - subsídio para o estudo da figura da acumulação*, Coimbra: dissertação de mestrado, 2007, pp. 124 e ss.

²⁵ Como dizemos naquele primeiro lugar, "[e]sta liberdade de decisão e de ação no sentido de tentar obter vantagens económicas dentro do processo competitivo permite ao ser humano a sua realização enquanto *homo aeconomicus*, uma das duas exteriorizações fundamentais enquanto pessoa." (p. 251)

Ora, se assim é, se a liberdade concorrencial faz parte, como julgamos, do areópago de bens que são suscetíveis de merecer a tutela penal, a interrogação que a seguir se nos apresenta está relacionada com a adequação e suficiência dos meios de reação contraordenacionais. Efetivamente, qualifica-la como bem jurídico-penal é pressuposto essencial mas não razão suficiente para legitimar a intervenção do direito criminal. E aqui surge, na realidade, uma das mais problemáticas discussões que tem vindo a instalar-se em sede de dogmática contraordenacional, que é aquela de saber se cabe ou não ao legislador ordinário o poder de decidir, face a um bem ou interesse essencial da comunidade, qual o ramo do direito sancionatório que político-legislativamente se lhe afigura mais adequado para a respetiva proteção²⁶. Ou seja, se quisermos, a *velha* questão de saber se preside ou não à distinção entre direito penal e direito de mera ordenação social uma razão de ordem material, assente no substrato distinto dos bens que um e outro ramo do jurídico tutelam.

Para nós, como em diversas ocasiões afirmámos já, outro não pode ser o sentido das coisas. De facto, muito embora não haja norma constitucional expressa que imponha a proteção penal quando estejam em causa os valores fundamentais da nossa comunidade, parece-nos que um tal entendimento resulta, por um lado, da leitura integrada, sistémica e principiologicamente orientada da CRP, por outro, das próprias características intrínsecas do direito penal, que não nos parece poder existir apenas para fazer face à ineficácia dos outros direitos, mas antes exigir uma especial substancialidade que o caracterize enquanto *ultima ratio* de intervenção estatal, e, por último, das exigências genéticas de autonomia e unidade do direito de mera ordenação social enquanto ramo do jurídico, sob pena de o estarmos a rebaixar ao direito penal administrativo ou de segunda linha que o seu nascimento pretendeu eliminar²⁷.

De todo o modo, mesmo que não se entenda assim, e se considere, portanto, que o legislador infraconstitucional tem ao seu dispor uma legítima escolha paritária entre direito penal e direito contraordenacional, sempre teremos de perguntar-nos se uma tal opção não está sujeita a critérios de necessidade e de eficácia, não agora

²⁶ Para uma detalhada e profunda discussão desta matéria, cf. ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 243 e ss. e NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 401 e ss.

²⁷ Sublinhámos já esta ideia, se bem que a propósito dos específicos poderes que a Autoridade da Concorrência possui, em FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, "Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a 'criminalização' do direito administrativo sancionatório", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 239 e ss.

como interrogações colocadas ao direito penal, mas antes voltadas para o direito de mera ordenação social. Ou seja, ainda que o legislador opte pela tutela contraordenacional não deverá substituí-la pela criminal sempre que, estando perante um bem jurídico essencial da comunidade, aquela não seja suficiente para assegurar a desejada proteção do bem?

É que cremos que, também por aqui, a tutela contraordenacional das infrações concorrenciais mais graves – e, note-se, falamos apenas das mais graves, em particular, o acordo, a prática concertada ou a decisão de associação de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (ou seja, o cartel)²⁸ – não é suficiente nem adequada. Efetivamente, a aplicação de coimas, por vezes elevadíssimas²⁹, a estes infratores não permite proteger adequadamente o bem jurídico nem milita no sentido de evitar a repetição do comportamento ilícito³⁰³¹, pelo que também aqui nos parece que o direito penal terá de fazer o seu caminho.

²⁸ Esta escolha tem justificações de diversa índole, mas assenta sobretudo, de modo sumário, no facto de o conjunto de comportamentos em causa (cartéis de fixação de preços, cartéis de repartição de quotas de mercado, cartéis de distribuição que quotas de produção e cartéis para licitações fraudulentas) merecer “censura de princípio, quer porque prejudica os demais agentes económicos do setor de atividade em causa que não estejam envolvidos na prática colusória, quer porque causa danos aos consumidores (por exemplo, através de uma fixação artificial do preço de um bem ou serviço) ou ao Estado (pense-se no exemplo dos cartéis para licitações fraudulentas em contratos públicos), quer porque gera entorses sérias no modelo de mercado, pondo em risco a liberdade concorrencial” – cf. FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 286.

²⁹ Nos termos do n.º 2 do art. 69.º da lei n.º 19/2012, o montante da coima pode, nestes casos, ascender a 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas. Para uma análise a este preceito, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS E FLÁVIA LOUREIRO, “Anotação ao art. 69.º”, in *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 699-706.

³⁰ Assim têm demonstrado os poucos estudos, todos eles estrangeiros, que têm sido levados a cabo neste domínio. Ver, v.g., CHRISTOPHER HARDING, “Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels”, *Critical Criminology*, 14, 2006, pp. 181-205; KENNETH G. ELZINGA E WILLIAM BREIT, *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*, New Haven and London: Yale University Press, 1976; NICOLE LEEPER PIQUERO E DAVID WEISBURD, “Developmental Trajectories of White-Collar Crime”, in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 153-171.

³¹ Bem sabemos que se poderá argumentar não serem estas as finalidades do direito de mera ordenação social, mas como poderá compaginar-se esse entendimento – que assenta no pressuposto de que o direito de mera ordenação social tutela bens sem ressonância ética – com aquele que sustenta que pode, afinal, o direito de mera ordenação social tutelar bens jurídico-penais que o legislador tenha

Por outro lado, de um ponto de vista adjetivo, o tipo de infrações que está em causa, a danosidade dos comportamentos que as preenchem e, por inerência, a importância dos bens que pretendem tutelar exigem cada vez mais um processo vigoroso, dificilmente coadunável – ao menos em princípio – com os atos procedimentais usualmente ao dispor das entidades administrativas que levam a cabo a função de averiguação das contraordenações e aplicação das respetivas sanções³².

Tanto assim é, aliás, que têm sido notória a tendência para reforçar os poderes das entidades administrativas em matéria sancionatória, atribuindo-lhes meios que não constavam tradicionalmente do seu espectro de ação. Também a este propósito a matéria concorrencial é particularmente ilustrativa, pois que os poderes que agora (desde a lei n.º 19/2012) são concedidos à Autoridade da Concorrência invadem as fronteiras daquilo que, até aqui, parecia ser reduto exclusivo do direito penal³³, tornando cada vez mais difícil a tarefa de, também quanto a este aspeto, distinguir os dois ramos do direito.

No que respeita, por último, à questão da eficácia do direito penal para tutelar o bem liberdade concorrencial, afigura-se-nos que, também aqui, as críticas têm sido mal dirigidas ou enfermam de um pré-juízo que põe em causa todo o argumento. De facto, para fazermos avançar o direito penal como forma de tutela de um determinado bem teremos que perguntar-nos – ultrapassados os crivos anteriores progressivamente mais apertados – se os mecanismos próprios deste ramo do direito serão eficazes no sentido de debelar os comportamentos proibidos e evitar, tanto quanto possível, a sua repetição. Poderia dizer-se, neste domínio, que se antecipa não ser o instrumentário criminal o mais adequado para fazer face a esta realidade, pois que ela é própria do mundo económico, praticada por empresas, escondida por entre o cumprimento de um conjunto de funções lícitas, especialmente flexível e adaptável à alteração de circunstâncias – qualidades que,

entendido não entregar ao direito penal? Parece-nos aqui residirá parte do problema – e, por isso, também da eventual solução.

³² Falando da necessidade de se reforçar a autonomia dogmática, sancionatória e processual do direito de mera ordenação social, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 243-62.

³³ Em especial – mas não apenas – o poder de conduzir agora buscas domiciliárias, nos termos do art. 19.º da lei n.º 19/2012. Debruçamo-nos sobre esta questão, fazendo a análise deste e de outros instrumentos, em FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, "Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a 'criminalização' do direito administrativo sancionatório", *Scientia Iuridica*, LXVI, 2017, pp. 227-42. Cf., igualmente, JOSÉ LOBO MOUTINHO E PEDRO DURO, "Anotação ao art. 19.º", in *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 217-223.

à partida, parecem coadunar-se melhor com um direito exercido por autoridades administrativas, mais próximas dos cidadãos e das empresas, mais atentas ao seu quotidiano, mais capazes de atuar rapidamente e de adequar as sanções aos comportamentos ilícitos em causa.

Ora, se estas razões podem ser válidas e continuar a existir em alguns sectores de atividade e para algumas autoridades administrativas, a verdade é que elas parecem fazer pouco sentido quando estamos a falar de um procedimento sancionatório que está centralizado numa entidade reguladora independente, centralizada, transversal, que se ocupa de todas as infrações à concorrência em todos os domínios de atividade económica e por todo o país. E que para levar a cabo a sua função clama por um número cada vez maior de poderes, mais invasivos, muito limitadores de direitos fundamentais, típicos dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais penais.

Assim, parece-nos, que não só não é verdade que os meios próprios do direito de mera ordenação social sejam suficientes e adequados como também não é correto dizer-se que os do direito penal não seriam eficazes. Não só as penas (com toda a sua multiplicidade de características) nos parecem mais apropriadas para fazer face aos comportamentos ilícitos em causa (porventura mesmo, no limite, a de prisão³⁴) como os mecanismos processuais penais se nos afiguram mais equilibrados para conduzir o processo, quer do ponto de vista dos poderes que conferem às autoridades, quer na perspetiva dos direitos que asseguram a suspeitos, arguidos e demais pessoas envolvidas.

Donde, considerados todos estes elementos, somos da opinião que a utilização do direito penal para tutelar o bem liberdade concorrencial e reprimir, nessa

³⁴ Durante muito tempo se sustentou que a pena de prisão não seria adequada para criminosos económicos ou «de colarinho branco», pois que se trataria de cidadãos perfeitamente integrados na comunidade. Uma tal perspetiva foi, todavia, ultrapassada – quanto a nós bem –, havendo hoje muito quem sustente que a pena privativa de liberdade pode mesmo, em algumas ocasiões, ser a única a cumprir os desideratos de prevenção geral e prevenção especial. Cf., entre outros, JOHN M. CONNOR, "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels", *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2006, pp. 195-223; WOUTER P.J. WILS, "Is criminalization of EU competition law the answer?", in *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cheltenham: Edward Elgar, 2006, pp. 61-109; BRIAN K. PAYNE, *Incarcerating White-Collar Offenders*, Springfield: Charles C. Thomas, 2003; ou WILLIAM ANDREW STADLER, *White-Collar Offenders and the Prison Experience: An Empirical Examination of the "Special Sensitivity" to Imprisonment Hypothesis*, Kansas: University of Missouri, 2010. Ver, igualmente, o que a este respeito dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 271 e ss.

medida, as mais graves infrações concorrenciais não só se apresenta como legítima, mas igualmente como necessária e, com a fiabilidade que o julgamento antecipado nos permite, provavelmente eficaz. Dize-lo não bole com o princípio da mínima intervenção penal, na medida em que se esta deve ser subsidiária, de *ultima ratio*, não pode deixar de abranger novos comportamentos ou comportamentos que, não sendo em si novos, adquirem, com a evolução da sociedade, uma importância até aí inexistente. Só assim, na verdade, cumprem o direito penal e o Estado, através dele, a sua tarefa constitucionalmente imposta de proteção dos direitos fundamentais.

Bibliografia

- ALESSANDRI, Alberto. *Diritto penale e attività economiche*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- ANDRADE, Manuel da Costa. "A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime." *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2, (ab. - jun. 1992), pp. 173-205.
- ANDRADE, Manuel da Costa. "Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã)." *Revista de Direito e Economia* 6/7 (1980/81), pp. 81-121.
- BACIGALUPO, Enrique. *Curso de Derecho Penal Económico*, Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- BONFILS, Philippe. "Les frontières du droit pénal des affaires." *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2 (avril-juin 2011), pp. 325-330.
- BRANDÃO, Nuno. "Para um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades." *Scientia Iuridica* LXVI, 344 (maio/ agosto 2017): 277-288.
- BRANDÃO, Nuno. *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- CONNOR, John M. "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels." *Journal of Industry, Competition and Trade*, 6 (2006), pp. 195-223.
- CORREIA, Eduardo et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I a IV, Coimbra: Coimbra Editora (vários anos).
- CORREIA, Eduardo. "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", *BFDUC*, 49 (1973), pp. 257 e ss.;
- COSTA, José de Faria (coord.). *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José de Faria. "A importância da recorrência no pensamento jurídico", *Revista de Direito e Economia*, 9 (1983), pp. 3 e ss.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; *Droit Pénal des Affaires*. Paris: PUF, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo; LOUREIRO, Flávia. "Anotação ao art. 67.º" In *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 680-683.

DIAS, Jorge de Figueiredo; LOUREIRO, Flávia. "Anotação ao art. 68.º" In *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 684-698.

DIAS, Jorge de Figueiredo; LOUREIRO, Flávia. "Anotação ao art. 69.º" In *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 699-706.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", *Jornadas de Direito Criminal, O Nono Código Penal Português e a Legislação Complementar*. Coimbra: CEJ, 1983, pp. 315 e ss.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (2.ª ed.).

ELZINGA, Kenneth G.; BREIT, William. *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*. New Haven and London: Yale University Press, 1976.

HARDING, Christopher. "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels." *Critical Criminology* 14 (2006), pp. 181-205.

HARDING, Christopher. *Criminal Enterprise. Individuals, organizations and criminal responsibility*. Devon: Willan Publishing, 2007.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Consur, 1992.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *La protección penal del mercado competitivo: una teoría general desde el bien jurídico*. Barcelona: Facultat de Dret Universitat de Barcelona, 1984.

LOUREIRO, Flávia Novera. "Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais - ou a 'criminalização' do direito administrativo sancionatório", *Scientia Iuridica* LXVI, 344 (maio/ agosto 2017), pp. 227-242.

LOUREIRO, Flávia Novera. "Os problemas económico-financeiros transnacionais e o encurtamento dos direitos humanos - que papel para o direito penal?" In *Direitos*

humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 195-205.

LOUREIRO, Flávia Novera. *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos - subsídio para o estudo da figura da acumulação*. Coimbra: dissertação de mestrado, 2007.

LOUREIRO, Flávia Novera. *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*. Coimbra: Almedina, 2017.

MARQUES, Maria Manuela Leitão; SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 2011 (6.^a ed. revista e atualizada).

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. "Los fenómenos de la expansión y de la reducción en el Derecho Penal Económico." In *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 401-420.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (6.^a ed.).

MONTE, Mário Ferreira. "Da (discutível) integração do processo contraordenacional nos quadros do direito e processo administrativos - Crítica ao artigo 4.º, n.º 1, alínea l), do ETAF." In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 809-821.

MONTEIRO, Fernando Conde. "Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa", *Scientia Iuridica* LXVI, 344 (maio/ agosto 2017), pp. 203-225.

MOUTINHO, José Lobo; DURO, Pedro. "Anotação ao art. 19.º" In *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 217-223.

Moutinho, José Lobo. *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*. Lisboa: UCE, 2008.

PAYNE, Brian K. *Incarcerating White-Collar Offenders*. Springfield: Charles C. Thomas, 2003.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. "As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social", *Scientia Iuridica* LXVI, 344 (maio/ agosto 2017), pp. 243-262.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 7 (1997), pp. 7-100.

PIQUERO, Nicole Leeper; WEISBURD, David. "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", *The Criminology of White-Collar Crime*. New York: Springer, 2009, pp. 153-171.

ROXIN, Claus. "La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro". In *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 389-421.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001 (2ª ed. revista e ampliada).

STADLER, William Andrew. *White-Collar Offenders and the Prison Experience: An Empirical Examination of the "Special Sensitivity" to Imprisonment Hypothesis*. Kansas: University of Missouri, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. Carl Heymanns Verlag, 2010.

TORRÃO, Fernando. "Os novos campos de aplicação do Direito Penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva pluridisciplinar)". In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 331-362.

VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

WILS, Wouter P.J. "Is criminalization of EU competition law the answer?", *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*. Cheltenham: Edward Elgar, 2006, pp. 61-109.

PROTEÇÃO PENAL DO CONSUMIDOR E DO INVESTIDOR EM ESPANHA: UMA APROXIMAÇÃO ÀS FIGURAS DELITIVAS RELACIONADAS*

*Eva María Souto García***

Sumário

I. Considerações prévias. II. Os tradicionais delitos de burla e os novos delitos contra os consumidores. III. Os consumidores/investidores e o Mercado de Valores. IV. A proteção indireta/mediata dos consumidores/investidores. V. Bibliografia citada.

I. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Para realizar uma aproximação à temática que se irá tratar no presente trabalho podem nomear-se, entre muitos outros, o caso «Wishclub»¹, «a fraude da carne de

** Professora de Direito Penal na Universidade da Corunha – UDC (Espanha)

* A realização deste trabalho inscreve-se nos projetos de investigação «A projeção da corrupção no âmbito penal: análise de uma realidade transversal», financiado pelo Ministério da Economia e Competitividade de Espanha e pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (DER2015-65411-R, MINECO/FEDER), e cuja investigadora principal é a Prof^ª. Dr^ª. Luz María Puente Aba, Professora Contratada Doutora de Direito Penal da Universidade da Corunha (UDC); e «O sistema penal espanhol no período de pós-crise» (DER2014-52674-R), financiado pelo Ministério da Economia e Competitividade de Espanha, e cujos investigadores principais são a Prof^ª. Dr^ª. Patricia Faraldo Cabana, Catedrática de Direito Penal da Universidade da Corunha (UDC) e o Prof. Dr. José Ángel Brandariz García, Professor Titular de Direito Penal da Universidade da Corunha (UDC).

¹ Ver Tapia Ballesteros, P., «¿Otro caso de estafa piramidal? El dinero fácil como cebo: el caso Wishclub», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Puente Aba, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016, pp. 111 e ss; no qual podem ver-se os factos completos nas páginas 111 e 112.

cavalo»² ou os casos «Nueva Rumasa»³ e «Gowex»⁴. Pensar neles implica pensar no que é notícia em Espanha. Nos últimos anos tem sido frequente, para não dizer quotidiano, que um elevado número de espaços e títulos dos meios de comunicação espanhóis se ocupem do tratamento informativo – inclusivamente por vezes de uma forma mais sensacionalista que informativa - de casos penais; e, para o que aqui e agora interessa, de casos penais cujos protagonistas são os consumidores e/ou os investidores. Assim, ainda que entre os antes citados supostos existem certas diferenças, pode dizer-se que a todos eles os une um nexo comum, a saber, que, em maior ou menor medida, nos casos mencionados vêm-se afetados os direitos económicos dos consumidores e/ou dos investidores.

Partindo desta premissa, deve indicar-se que, embora nos meios de comunicação o interesse pela tutela dos direitos dos consumidores parece relativamente recente, isso não sucede no âmbito do Direito Penal. Neste sentido, a tutela destes interesses não constitui uma matéria nova para o legislador penal, pois os mesmos encontram-se protegidos por figuras delitivas que contam já com uma larga tradição na legislação penal espanhola. Assim, quando o consumidor adquire bens ou contrata serviços, a sua posição encontra-se protegida perante uma possível fraude pelo clássico tipo penal de burla. O referido delito caracteriza-se por proteger o património individualmente considerado de quem adquire produtos ou serviços, de forma que constatando-se a existência de uma fraude nas transações habilita-se o Direito Penal para atuar. No entanto, as mudanças no

² Ver, novamente, TAPIA BALLESTEROS, P., «Consumidores y Derecho Penal: el polémico caso de la carne de caballo», em *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 91 e ss; e no qual podem ver-se os factos completos nas páginas 96 a 98, ambas inclusive.

³ Ver sobre este caso concreto PUENTE ABA, L.M., «La protección de los consumidores ante particulares productos de inversión: análisis del caso Nueva Rumasa», em *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 31 y ss; e no qual podem ver-se os factos completos nas páginas 34 a 38, ambas inclusive.

⁴ Ver sobre este caso concreto SOUTO GARCÍA, E.M., «Algunas consideraciones penales sobre el caso Gowex: ¿Fraude de inversores y/o delito societario», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016, pp. 91 e ss; e no qual podem ver-se os factos completos nas páginas 93 e 94. Para a compreensão dos factos, assim como para o seu tratamento jurídico, pode ver-se também nesta obra citada o trabalho de FERNÁNDEZ TERUELLO, J.G., «La protección de los inversores a través del delito contenido en el art. 282 bis del Código penal», pp. 47 e ss. Deste modo, ainda que o trabalho citado não se refira unicamente ao caso Gowex, o autor analisa os factos e certas questões jurídicas de interesse relacionadas com este e, inclusivamente, com outros casos que poderiam assim aportar dados relevantes.

funcionamento dos mercados, a oferta massiva de produtos e serviços e as novas formas de aquisição destes, provocaram a necessidade de articular uma maior proteção do consumidor. Esta necessidade detetada pelo legislador penal supôs a tipificação de condutas relacionadas com a publicidade dos produtos e serviços e, também, a incriminação de ações relativas à faturação dos mesmos ou ao desabastecimento do mercado de matérias-primas ou bens de primeira necessidade. Nesta linha, chegou-se à conclusão de que não é suficiente a proteção dos patrimónios individuais dos consumidores – como se efetua através do delito de burla -, senão que deve tutelar-se ao coletivo em si mesmo considerado. O bem jurídico «direitos dos consumidores» justificaria a existência de um título dedicado aos delitos contra os direitos dos consumidores, título que viria a completar a proteção penal deste coletivo. Apesar disso, e tal como se exporá, a aplicação da burla e dos delitos contra os direitos dos consumidores não está isenta de problemas. No plano teórico ambas as famílias delitivas encaixam na perfeição, mas na prática detetam-se certas limitações no momento de empregá-las como instrumentos eficazes para a tutela do consumidor. Uma das referidas limitações fica patente se analisarmos casos tão mediáticos como os já mencionados «Nueva Rumasa» ou «Gowex» – ver as referências bibliográficas citadas na nota de rodapé -, exemplos que manifestam a necessidade de proteger o consumidor na sua faceta de investidor. Os mencionados supostos reais apresentam como elemento comum o facto de que se desenvolvem num cenário de atuação do consumidor muito específico, isto é, o Mercado de Valores ou mercados assimiláveis. Trata-se de um âmbito regulado por normas extra-penais e de complexo funcionamento, de que também o legislador penal se ocupou, embora, como se exporá *infra.*, com certas carências.

Finalmente, podem assinalar-se diversas figuras delitivas que, ainda que não tenham de forma direta atribuída a função de proteção dos consumidores ou investidores, podem de forma indireta, mas significativa, repercutir na mesma. Nesta linha situar-se-iam os delitos societários, os delitos de apropriação indevida ou o tipo penal de administração desleal de património alheio – novo delito, este último, incorporado após a reforma penal do ano 2015 -, que em casos como os de descapitalização de entidades bancárias – entre outros, o recentemente resolvido caso das «Tarjetas Black»⁵- podem em certa medida dar cobertura aos interesses

⁵ Ligação consultada no dia 9 de março de 2017: http://economia.elpais.com/economia/2017/02/23/actualidad/1487858942_464823.html. Para conhecer o tratamento dado a este caso por parte da doutrina penal FARALDO CABANA, P., «Jubilaciones doradas,

dos consumidores ou investidores. E o mesmo acontece com os delitos contra a propriedade industrial ou a competência desleal, que em algumas das suas modalidades delitivas têm como destinatários – embora de forma mediata – os consumidores.

Em seguida, serão analisadas as questões assinaladas *supra.*, tentando revelar a eficácia ou ineficácia dos instrumentos de que o Código Penal Espanhol (doravante, CPE) dispõe para proteger o consumidor e o investidor. Apenas a partir desta análise poderão determinar-se as carências da norma penal em matéria de proteção deste coletivo.

II. OS TRADICIONAIS DELITOS DE BURLA E OS NOVOS DELITOS CONTRA OS CONSUMIDORES

Tal como adiantado nos parágrafos dedicados às considerações prévias, o delito de burla do art. 248 do CPE sanciona – na sua modalidade básica – quem, com ânimo de lucro, e através de engano bastante, produza erro noutra pessoa com a finalidade de que esta realize um ato de disposição patrimonial que provoque um dano económico – para si ou para um terceiro – e um correlativo enriquecimento patrimonial para o autor da conduta⁶.

Concretamente, afirma-se no art. 248⁷ do CPE⁸:

«1. Cometem burla os que, com ânimo de lucro, utilizarem engano bastante para produzir erro noutra, induzindo-o a realizar um ato de disposição em prejuízo próprio ou alheio.

2. (...)».

Tarjetas Black y otros desmanes de los Administradores: del delito societario de administración desleal al delito común de administración desleal del patrimonio ajeno», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016, pp. 25 e ss.

⁶ Sobre a teoria geral dos elementos objetivos e subjetivos do delito de burla, ver CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valência, 1997, pp. 45 e ss ou, mais recentemente, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 99.

⁷ Embora seja certo que o delito de estafa em Espanha admite modalidades diversas – existindo tipos qualificados e inclusivamente burlas específicas –, para o que agora interessa basta conhecer o conteúdo do tipo base que se extrai do texto principal.

⁸ Art. 248 do CPE: «1. Cometem estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. (...)».

Como pode observar-se, a resposta penal através do delito burla produz-se uma vez que se tenha lesionado o bem jurídico protegido, não tendo em conta a sanção de perigos que podem produzir-se com anterioridade à mencionada lesão⁹. Consciente disso e com a intenção de dar cobertura a ações que precedem a lesão efetiva do património dos consumidores, o legislador criou o delito publicitário (art. 282 do CPE), e construiu-o sobre a base de um bem jurídico supraindividual ou institucionalizado, cuja lesão equivale à colocação em perigo dos patrimónios individuais de um número muito amplo e indefinido de consumidores¹⁰.

Diz o legislador no art. 282 do CPE¹¹:

«Serán castigados com pena de prisión de seis meses a um ano ou multa de 12 a 24 meses os fabricantes ou comerciantes que, nas suas ofertas ou publicidade de produtos ou serviços, façam alegações falsas ou manifestem características incertas sobre os mesmos, de modo que possam causar um prejuízo grave e manifesto aos consumidores, sem prejuízo da pena que corresponda aplicar pela comissão de outros delitos».

Desta forma, dar-se-ia cobertura ao antes e ao depois da lesão, encaixando na perfeição ambas as figuras delitivas, de forma que constatando-se uma lesão derivada de uma publicidade enganosa não haveria problema em admitir um concurso entre ambos os delitos. Como também acontece com outros delitos com bem jurídico institucionalizado, tais como os delitos contra os direitos dos trabalhadores, o delito de lesão - a burla - não absorveria o delito de perigo - o delito publicitário -, pois a mensagem falsa continuaria a fazer os seus efeitos e, portanto, constituiria um perigo para os patrimónios do coletivo global dos consumidores¹².

Não obstante o referido, e pese a coerência da explicação, acontece que na prática o delito publicitário nunca foi aplicado. Entre os motivos que justificam esta realidade podem assinalar-se os seguintes¹³: 1) a absorção do delito publicitário

⁹ Vd. QUINTERO OLIVARES, G., em *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 81 e 82.

¹⁰ Vd. PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valência 2002, pp. 99 e ss.

¹¹ Art. 182 do CPE: *«Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».*

¹² Vd. PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., pp. 419 ss o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valência, 2015, pp. 290 e ss.

¹³ Sobre esta questão, ver PUENTE ABA, L.M., «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa», *Relazione al Congresso Italo-Spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di*

pelo delito de burla, o entenderem os tribunais equivocadamente que o delito de lesão consome o de perigo¹⁴ e 2) a difícil constatação da concorrência de um elemento de tipo consistente na «aptidão para produzir um prejuízo grave e manifesto aos consumidores», que deixa de fora os casos de publicidade falsa que não implicam um perigo para os interesses económicos dos consumidores¹⁵.

O legislador também incluiu no texto penal o conhecido como delito de faturação ilícita (art. 283 do CPE), que mais uma vez se caracteriza pela sua escassa aplicação prática.

Segundo o mencionado art. 283¹⁶:

«Serão impostas penas de prisão de seis meses a um ano e multa de seis a dezoito meses aos que, em prejuízo do consumidor, faturem quantidades superiores por produtos ou serviços cujo custo ou preço seja medido por dispositivos automáticos, através da alteração ou manipulação destes».

Neste caso, a citada escassa aplicação prática deve-se à especialidade do delito, pois requer, como pode observar-se, que se produza uma manipulação de dispositivos destinados à medição do custo do produto ou serviço – bombas de gasolina¹⁷ ou taxímetros - de forma a serem elevadas fraudulentamente as quantidades devidas.

E algo semelhante ocorre com o delito de detração de matérias-primas e produtos de primeira necessidade com o fim de desabastecer o mercado regulado no art. 281 do CPE, pois a sua repercussão na *praxis* é praticamente nula.

Diz o legislador no art. 281 citado¹⁸:

Milano il 29 e 30 maggio 2014, *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, nº 3-4, 2014, pp. 83 e 84. O mesmo foi assinalado por mim própria em SOUTO GARCÍA, E.M., «La tutela penal de los consumidores e inversores: especial referencia al delito de falsedad en la inversión en el mercado de valores del art. 282 bis», em *Derecho, filosofía y sociedad: una perspectiva multidisciplinar*, CASTRO FÍRVIDA, J.L./ ÁLVAREZ BUJÁN, M. V (Coords.), Andavira, Santiago de Compostela, 2016, p. 166.

¹⁴ Sirva como exemplo a Sentença do Tribunal Supremo espanhol 357/2004, de 19 de março.

¹⁵ Ver, entre outras, a Sentença do Tribunal Supremo espanhol 1456/2002, de 13 de setembro.

¹⁶ Art. 283 do CPE: *«Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos».*

¹⁷ Muito conhecida foi, nos anos noventa, a fraude das gasoleiras, cuja informação pode ver-se em http://elpais.com/diario/2005/04/14/espana/1113429622_850215.html. Ligação consultada no dia 9 de março de 2017.

¹⁸ Art. 281 do CPE: *«1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*

«1. Aquele que subtrair do mercado matérias-primas ou produtos de primeira necessidade com a intenção de desabastecer um setor do mesmo, de forçar uma alteração de preços, ou de prejudicar gravemente os consumidores, será castigado com a pena de prisão de um a cinco anos e multa de doze a vinte e quatro meses.

2. Será imposta pena superior em grau se o facto se realiza em situações de grave necessidade ou catastróficas».

O referido delito protege em primeira instância os interesses dos consumidores, mas também, de forma mediata, a competência, no sentido de que pretende evitar as alterações dos preços mediante maquinações¹⁹.

Em conclusão, pode dizer-se que os delitos que especificamente protegem os interesses dos consumidores não se caracterizam pela sua eficiência, mas pelo seu reduzido campo de atuação, assim como pelas interpretações que dos mesmos realizam os tribunais de justiça.

Sendo assim, parece que a proteção do consumidor fica relegada para o campo da burla. Deve voltar-se então ao ponto de início, ou seja, ao delito de lesão sobre o património. Contudo, a aplicação deste tipo penal como meio de proteção do adquirente de bens e serviços também apresenta ineficiências. As referidas ineficiências derivam de dois fatores, a saber, da relevância que no âmbito da burla é outorgada ao «dever de autoproteção da vítima» e da derivação de muitos supostos no âmbito do Direito Civil²⁰. Neste sentido, acontece que o engano bastante exigido no delito de burla é descartado naqueles casos nos quais a vítima tinha possibilidades reais de proteger-se frente ao comportamento enganoso ou quando as manifestações realizadas resultavam dificilmente credíveis²¹. No que se refere à problemática suscitada entre a burla e a responsabilidade civil por incumprimento de contrato, a solução deve ser procurada no momento em que o sujeito decidiu não cumprir com o pactado. Se nunca existiu intenção de cumprir a conduta constitutiva de burla, enquanto advir a dita intenção na sequência da formalização do contrato, a mesma será considerada um incumprimento civil. Mas, embora pareça novamente que a sequência temporal permite encaixar ambas as

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

¹⁹ Vd., sobre este delito, PORTERO HENARES, M., *La protección de los intereses económicos de los consumidores*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 168 e ss.

²⁰ Neste sentido, PUENTE ABA, L.M., «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa», *Relazione al Congresso Italo-Spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, cit., pp. 84 e 85.

²¹ Vd. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, cit., p. 109.

situações sem problemas, o certo é que existem complicações, e isso por causa do conceito de «*dolo in contrahendo*» que constitui uma causa de nulidade do contrato. Por tal conceito deve entender-se o dolo revelado no momento de contratar, ao que faz referência o art. 1269 do Código Civil, e que nem sempre resulta fácil de diferenciar do dolo da burla²². A análise da jurisprudência não aclara a questão, bastando o «caso das *preferentes*» como exemplo. É que ao referido problema jurídico foi dada, segundo os supostos, solução por via civil e noutros por via penal²³.

III. OS CONSUMIDORES/INVESTIDORES E O MERCADO DE VALORES

Se, como foi defendido em alíneas anteriores, a nova forma de comercializar determinados produtos e serviços legitima a inclusão no texto penal de tipos penais de novo recorte como os delitos contra os consumidores, o emprego por parte destes do Mercado de Valores – ou mercados assimilados - como meio de canalização da poupança e do investimento, justifica a tipificação de delitos como o recolhido no art. 282. *bis* do CPE - delito que, embora tenha sido batizado pelo seu criador como «*delito de burla de investidores*»²⁴, pode denominar-se mais corretamente como «*delito de falsidade no investimento no Mercado de Valores*» ou «*falsidade no investimento de capital*»²⁵-. Este delito foi introduzido no CPE por ocasião da Diretiva 2003/06 do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, e através da lei de reforma LO 5/2010, de 22 de junho. Tal tipo penal – ou tipos penais, se for tido em conta que existem modalidades agravadas -, apresenta problemáticas próprias

²² Vd. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, cit., p. 104.

²³ Sobre este caso concreto e esta problemática específica, ver PUENTE ABA, L.M., «Problemas de aplicación de la estafa a posibles supuestos de fraudes bancarios», *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015, pp. 3 e ss. Da mesma autora PUENTE ABA, L.M., «El delito del art. 282 *bis* del Código Penal y la sanción de los fraudes en la inversión en valores: cuestiones problemáticas», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016, pp. 72 e ss.

²⁴ Ver a Exposição de Motivos da Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, pela que se modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal Espanhol, em vigor desde 23 de dezembro do mesmo ano.

²⁵ Terminologías empregadas por PUENTE ABA, L.M., «La protección de los consumidores ante particulares productos de inversión: análisis del caso Nueva Rumasa», cit., p. 76 e FARALDO CABANA, P., em *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ-TOMILLO, M (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1085.

e complexas de não fácil solução e atribuíveis, conforme parte da doutrina, à deficiente técnica legislativa empregada²⁶.

Neste sentido, basta trazer à colação a sua redação, segundo a qual²⁷:

«Os que, como administradores de facto ou de direito de uma sociedade emissora de valores negociados nos mercados de valores, falsearam a informação económico-financeira contida nos folhetos de emissão de quaisquer instrumentos financeiros ou as informações que a sociedade deve publicar e difundir conforme a legislação do mercado de valores sobre os seus recursos, atividades e negócios presentes e futuros, com o propósito de captar investidores ou depositantes, colocar qualquer tipo de ativo financeiro, ou obter financiamento por qualquer meio, serão castigados com a pena de prisão de um a quatro anos, sem prejuízo do disposto no artigo 308 deste Código.

No suposto que se chegue a obter o investimento, o depósito, a colocação do ativo ou a financiamento, com prejuízo para o investidor, depositante, adquirente dos ativos financeiros ou credor, impor-se-á a pena na metade superior. Se o prejuízo causado for de notória gravidade, a pena a impor será de um a seis anos de prisão e multa de seis a doze meses».

No que respeita ao bem jurídico, a doutrina penal espanhola não é pacífica, ainda que as diversas posições se assemelhem em certa medida. Seguindo Martínez-Buján Pérez, deve entender-se que haverá que distinguir entre a figura básica e os tipos agravados. Assim, no primeiro parágrafo do art. 282 *bis* o objeto de tutela conformaria-se como *lege lata* «a função que cumpre o documento de que se trate no tráfico jurídico», pois trata-se de uma conduta falsária na qual não se inclui sequer a aptidão para causar um prejuízo a uma coletividade difusa de investidores²⁸. No caso do delito do art. 282 *bis*, parágrafo primeiro, far-se-ia

²⁶ Vd., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valência, 2012, p. 20.

²⁷ Art. 282.bis do CPE: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses».

²⁸ Vd. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, cit., p. 80 e PUENTE ABA, L.M., «El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión de capital en los mercados de valores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, nº 7, 2012, p. 53.

referência à função que cumpre os folhetos e os restantes documentos exigidos pela legislação do Mercado de Valores, o que por sua vez repercutir-se-ia no correto funcionamento do mercado de capitais. O património da coletividade dos investidores passaria, portanto, a integrar-se na *ratio legis* do delito, mas não se configuraria como o bem jurídico protegido em primeira instância. Consequentemente, e seguindo o autor citado, o sujeito passivo identificar-se-ia com a sociedade em geral. Contudo, é possível encontrar, como se havia afirmado, teorias distintas, segundo as quais no tipo básico também se protegeria o património dos investidores²⁹ ou o interesse económico legítimo dos consumidores, neste caso como investidores, para tomar decisões de investimento livres de engano³⁰. Quando se trata dos tipos agravados existe um maior consenso na doutrina, ao entender que neles se protegeria em primeira instância e como bem jurídico imediato o património dos investidores³¹; bem jurídico ao qual haveria que acrescentar o também protegido no tipo básico. Neste caso, ao tratar-se de um delito pluriofensivo, o sujeito passivo seria duplo, a saber, a sociedade em geral e o grupo colectivo difuso dos investidores e demais sujeitos que resultem prejudicados³².

Retomando a questão das críticas à configuração deste delito, são muitas as interrogações que se colocam ao ler o preceito em questão. Pare citar alguns deles: A que se refere o legislador penal quando faz menção às sociedades emissoras? Basta falsear a informação económica e financeira ou é preciso que se difunda? O que se entende por folheto de emissão ou por informações que a sociedade deve publicar e difundir? No conceito de Mercado de Valores está incluído o primário, o secundário, os Sistemas Multilaterais de Negociação, etc.? Como se acredita que o sujeito ativo atua «com o propósito de captar investidores ou depositantes, colocar qualquer tipo de ativo financeiro, ou obter financiamento por qualquer meio», propósito exigido expressamente no tipo penal? Que elementos permitem falar de, relativamente à epígrafe segunda do preceito, «um prejuízo de notória

²⁹ Vd. FARALDO CABANA, P., em *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1086.

³⁰ Vd. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., «Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, Santiago de Compostela, 2011, p. 608.

³¹ Vd. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, cit., p. 85 e FARALDO CABANA, P., em *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1086.

³² Vd. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, cit., p. 85.

gravidade»? Ou, para terminar, ainda que deixando muitas outras perguntas no tinteiro, como se solucionam os problemas concursais entre este novo delito e outros tipos penais de recorte falsário (ver delito de falsidade em documentos da sociedade do art. 290 do CPE)?

Tentar resolver estas e muitas outras questões relacionadas com o tipo penal do art. 282 *bis* do CPE excederia em demasia o pretendido neste trabalho³³. Por isso, basta dizer que embora seja certo que para dar uma possível resposta convincente a muitas destas perguntas é possível recorrer à legislação que regula o Mercado de Valores, à qual o próprio legislador faz menção, não é menos verdade que se trata de uma normativa extra-penal complexa e de difícil interpretação em muitos aspetos. A complexidade e a especialidade da normativa mercantil à qual se faz referência é levada assim, mediante a técnica da norma penal em branco, ao art. 282 *bis*, que por si só leva incorporadas as complexidades próprias do Direito Penal.

Esta dificuldade de interpretação do preceito penal, tal e como também sucede com muitos outros delitos – recorde-se o já afirmado sobre o delito publicitário nos parágrafos anteriores –, repercute sobre a proteção dos direitos daqueles coletivos ou sujeitos que justificariam a sua criação, aconselhando-se, por isso, uma revisão da sua descrição. A existência de um delito destas características deve ser bem acolhida no sentido de que dá visibilidade ao problema, mas isso não implica que não seja necessária uma revisão do preceito e da sua eficácia relativamente à tutela do bem jurídico protegido.

IV. A PROTEÇÃO INDIRETA/MEDIATA DOS CONSUMIDORES/INVESTIDORES

Tal como foi exposto nos primeiros parágrafos relativos às questões prévias, é possível encontrar no CPE delitos que, embora não protejam de forma direta os interesses dos consumidores ou investidores, permitem falar de uma tutela indireta ou mediata dos mesmos. Neste sentido, a sanção de determinadas condutas que atentam contra a propriedade industrial, que protegem de forma direta os titulares das marcas e as denominações de origem, têm como efeito colateral a proteção do

³³ Para um maior aprofundamento nestas questões, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, cit., pp. 78 e ss; SOUTO GARCÍA, E.M., «Algunas consideraciones penales sobre el caso Gowex: ¿Fraude de inversores y/o delito societario», cit., pp. 95 e ss ou PUENTE ABA, L.M., «El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión de capital en los mercados de valores», cit., *passim*.

adquirente dos bens derivados da exploração dos direitos que os primeiros ostentam. É que a vulneração dos direitos de propriedade industrial, e inclusivamente de propriedade intelectual, implicam uma oferta inveraz dos produtos que o consumidor pode chegar a adquirir³⁴.

O mesmo pode afirmar-se em relação aos delitos societários, pois determinadas condutas enquadradas nestes tipos penais acabam repercutindo-se nos interesses dos consumidores ou investidores. Neste sentido, pode referir-se, entre outros, o caso Bankia³⁵, com motivo do qual se apresentaram litígios pela suposta distorção das contas e balanços societários com a finalidade de dar uma aparência de solvência que atraísse possíveis pequenos investidores. Esta aparência de solvência gerada através da comissão de um delito de falsidade das contas da sociedade do art. 290 CPE ataca em primeira instância os interesses dos sócios, da própria sociedade e de terceiros³⁶, mas por sua vez, ainda que de forma mediata, repercute-se no interesse do possível investidor, e isso independentemente de que por via da burla se possa protegê-lo em caso de que se prove a efetiva lesão ao seu património. Na mesma linha parece que se situa o caso Gowex, citado na epígrafe introdutória, já que segundo os dados difundidos nos meios de comunicação, ter-se-iam produzido falsificações de contas para gerar confiança nos investidores e acabar extraviando o dinheiro investido em paraísos fiscais³⁷.

Em conclusão, todos estes delitos apresentam uma espécie de «efeito ressaca» ou «em cadeia» que acaba por prejudicar os operadores que atuam no mercado, incluindo os consumidores e os investidores. Portanto, uma correta e eficaz aplicação dos delitos económicos como os mencionados determinaria em boa medida a proteção dos direitos e interesses dos adquirentes de bens e serviços.

³⁴ Vd., com exemplos práticos, PUENTE ABA, L.M., «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa», Relazione al Congresso Italo-Spagnolo svolto presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, cit., pp. 82 e ss.

³⁵ Ligação consultada no dia 9 de março de 2017: http://economia.elpais.com/economia/2012/09/25/actualidad/1348598110_767936.html.

³⁶ Vd. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valência, 2006, pp. 366 e ss.

³⁷ Ligações consultadas no dia 9 de março de 2017: http://economia.elpais.com/economia/2014/08/23/actualidad/1408814767_301809.html ou http://economia.elpais.com/economia/2014/08/05/actualidad/1407261911_524063.html. Ver sobre a possibilidade de condenar pela via dos delitos societários os factos acontecidos SOUTO GARCÍA, E.M., «Algunas consideraciones penales sobre el caso Gowex: ¿Fraude de inversores y/o delito societario», cit., pp. 104 a 109.

BIBLIOGRAFIA CITADA

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 2009.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo Blanch, València, 1997.

FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, València, 2006.

FARALDO CABANA, P., em *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ-TOMILLO, M (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2011.

FARALDO CABANA, P., «Jubilaciones doradas, Tarjetas Black y otros desmanes de los Administradores: del delito societario de administración desleal al delito común de administración desleal del patrimonio ajeno», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «La protección de los inversores a través del delito contenido en el art. 282 bis del Código penal», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, València, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, València, 2015.

PORTERO HENARES, M., *La protección de los intereses económicos de los consumidores*, Iustel, Madrid, 2013.

PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, València 2002.

PUENTE ABA, L.M., «El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión de capital en los mercados de valores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, nº 7, 2012.

PUENTE ABA, L.M., «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa», Relazione al Congresso Italo-Spagnolo svoltosi presso l'Università defli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, nº 3-4, 2014.

PUENTE ABA, L.M., «La protección de los consumidores ante particulares productos de inversión: análisis del caso Nueva Rumasa», em *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Bosch, Barcelona, 2015.

PUENTE ABA, L.M., «Problemas de aplicación de la estafa a posibles supuestos de fraudes bancarios», *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015.

PUENTE ABA, L.M., «El delito del art. 282 *bis* del Código Penal y la sanción de los fraudes en la inversión en valores: cuestiones problemáticas», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016.

QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., «Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, Santiago de Compostela, 2011.

SOUTO GARCÍA, E.M., «La tutela penal de los consumidores e inversores: especial referencia al delito de falsedad en la inversión en el mercado de valores del art. 282 *bis*», em *Derecho, filosofía y sociedad: una perspectiva multidisciplinar*, CASTRO FÍRVIDA, J.L/ ÁLVAREZ BUJÁN, M. V (Coords.), Andavira, Santiago de Compostela, 2016.

SOUTO GARCÍA, E.M., «Algunas consideraciones penales sobre el caso Gowex: ¿Fraude de inversores y/o delito societario», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016.

TAPIA BALLESTEROS, P., «Consumidores y Derecho Penal: el polémico caso de la carne de caballo», em *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Bosch, Barcelona, 2015.

TAPIA BALLESTEROS, P., «¿Otro caso de estafa piramidal? El dinero fácil como cebo: el caso Wishclub», em *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, PUENTE ABA, L.M (Dir.), Comares, Granada, 2016.

OS MEIOS OCULTOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NA CRIMINALIDADE ECONÓMICA E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

*Manuel Monteiro Guedes Valente**

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Celebramos os 68 anos da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em Paris, a 10 de dezembro de 1948, sob a batuta astuciosa e magistral de Anna Eleanor Roosevelt¹, pela Resolução 217A (III) da Assembleia Geral.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos marca uma mudança e um rumo divergente depois do mundo ter assistido à maior destruição e delação do ser humano, ou seja, à maior objetivação ou coisificação do ser humano. Milhões de mortes com origem num pensamento de desigualdade e de raças humanas superiores e inferiores, de domínios e de subordinação, de tratados de não-agressão e de conluio na eliminação de determinados seres humanos: judeus, ciganos, dissidentes políticos, seres humanos com tendências sexuais divergentes dos demais ou da maioria imposta pela lei dos homens.

Repõem-se, em cima da mesa e do discurso político e jurídico, valores que se havia esquecido e se havia deturpado com o apoio da comunidade científica, em especial da comunidade científica jurídica e da física. Submete-se o poder ao Direito enquanto dimensão material e formal da justiça.

Relembramos aqui um trecho da carta de Lise Meitner, judia vienense que se convertera ao cristianismo, que escreveu ao físico alemão Otto Hahn – que veio a receber o prémio Nobel da Física –, com quem trabalhou em Berlim na fissão nuclear e com químico Fritz Strassmann, até 1938, ano que fugira da Alemanha para a Suécia:

* Doutor em Direito, Professor na Universidade Autónoma de Lisboa, Professor Convidado do ISCP SI, Advogado Associado da Rogério Alves & Associados (<http://lattes.cnpq.br/4001544191185131>; <http://orcid.org/0000-0002-4991-8707>)

¹ Embaixadora dos Estados Unidos da América na Organização das Nações Unidas entre 1945 e 1952, nomeada pelo Presidente Harry Truman.

“Hoje é muito claro para mim que foi uma grave falha moral não ter deixado a Alemanha em 1933, já que ao ficar acabei por apoiar Hitler. (...) Todos vocês trabalharam para a Alemanha nazi. E apenas tentaram alguma resistência passiva. Claro que para aplacarem a vossa consciência, aqui e ali, tentaram ajudar alguém perseguido, mas a verdade é que se permitiu que milhões de seres humanos inocentes fossem assassinados sem que se ouvisse qualquer tipo de protesto” (Meitner apud Ferris 2013: 326-327).

Impõe-se que façamos um esforço de reforço e de refrescamento da memória dos valores da DUDH, que escrevem, em si mesmos, o sangue de milhões de seres humanos que não pode ser esquecido sempre que temos de enfrentar uma criminalidade que obriga os Estados a terem melhores meios de ação e de persecução criminal – meios com mais formação e capacidade técnica e científica –, em vez de se preocupar em apenas restringir, a cada passo, a extensão e o conteúdo dos direitos e liberdades fundamentais pessoais com o fundamento de celeridade processual e de ser o caminho mais eficaz para satisfazer o clamor social com a realização de uma justiça.

Justiça que em muito deixa a desejar à justiça material e à justiça de um Direito legítimo, válido, vigente e efetivo. Hoje o pragmatismo de uma condenação social, de uma sanção imediata social – promovida pela comunicação social – passou a ser uma das finalidades do processo penal, melhor do Direito penal material e processual, em detrimento das verdadeiras finalidades que devem reger um direito persecutório que aplica penas privativas da liberdade: penas de prisão.

Este é o verdadeiro desafio que nos faz recuar no tempo e reler Cesare Beccaria para que o legislador saiba qual é o seu papel no seio de tanto desejo de vingança e de afirmação dos justiceiros:

“o legislador [deve] faz[er] como o hábil arquiteto cujo ofício é o de se opor às direções desastrosas da gravidade e de consolidar aquelas que contribuem para a segurança da construção” (1998: 73).

Vivemos tempos em que se pede ao legislador que siga este conselho e esta lúcida posição de equilíbrio dos juspensadores do século XVIII.

2. Criminalidade económica globalizada – organizada e estruturada – e os meios ocultos de obtenção de prova

A criminalidade económica e financeira, associada a uma ideia de ser organizada e estruturada, mais estruturada do que organizada², tem, nos últimos tempos, sido o palco de intervenção penal por excelência, quer na ampliação de tipos penais quer na ampliação de meios de obtenção de prova e na ampliação das facilidades de recurso aos meios de obtenção de prova – métodos de investigação criminal – que mais restringem direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais. Este processo tem fragilizado em grande medida a dimensão material do princípio da legalidade, sendo que a dimensão formal se encontra em plena corrosão ao se ampliar os espaços de integração fáctico-normativa.

Esta realidade, a de uma suposta necessidade restritiva de direitos e liberdades fundamentais pessoais e a diminuição da densidade vinculativa garantidora do princípio da legalidade penal³, ganhou força com a consciencialização do fenómeno terrorismo [1993 (New York – torres gémeas), 1997 (embaixadas e dependências diplomáticas americanas no Sudão e no Egipto), e 2001 (New York – torres gémeas – e Washington – Pentágono)], em especial com a exposição nem sempre científica mas sempre *paneónica* do seu financiamento, cujos fundos e fluxos económico-financeiros nem sempre são verosímeis, servindo, assim, de base ou de catapulta para recurso e ampliação do âmbito de recurso a determinados meios de obtenção de prova, designados meios excepcionais de investigação criminal e a respetiva restrição desmedida, e de niilificação de direitos, liberdades e garantias processuais penais⁴. Mas estes meios de obtenção de prova só são excepcionais na designação dogmática, porque vulgarizaram-se tanto e sem qualquer prévio juízo crítico legiferante que nos parece um pleno oximoro continuarmos a dizer que são meios excepcionais.

² Quanto a este assunto o nosso Criminalidade Criminológica. Tópico Juscriminológico Supranacional. In: *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, Lda., pp. 133-150.

³ Quando falamos do princípio da legalidade não o esgotamos à dimensão material, pois consideramos também a sua dimensão processual, e, por essa razão, incluímos em toda a sua vigência as funções de segurança, de garantia, de coesão social e de equilíbrio inerente a este princípio fundante do Direito e, muito em especial, do Direito penal. Quanto às funções de *garantia, segurança e coesão social* do Direito penal, o nosso *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. O «Progresso ao Retrocesso»*. 2.ª Edição – Versão Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 123-140 e José de Faria Costa. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 174-177.

⁴ Vejam-se o *Patriot Act* americano e a legislação britânica sobre o combate ao terrorismo: *Anti-Terrorism, Crime and Security Act Law* de 2001, *Prevention of Terrorism Act Law* de 2005, *Terrorism Act Law* de 2006 e *Counter-Terrorism Act Law* de 2008.

Devem [*deviam*] ser *meios excecionais* de obtenção de prova e aos quais só devemos recorrer em situações previstas na Constituição e na lei infraconstitucional⁵ ou em situações de estado de necessidade justificante. Essa excecionalidade deve estar presente e ser efetiva sempre que estamos perante um meio de obtenção de prova que é intrusivo e provoca uma *danosidade social* elevada, devido à sua qualificada e grave restrição [para não se dizer lesão] de direitos e liberdades fundamentais pessoais integrantes do catálogo dos direitos humanos: integridade pessoal, reserva da intimidade da vida privada e familiar, da palavra, da imagem, da honra, da liberdade, da inviolabilidade de domicílio e das comunicações [de todo o tipo de comunicações], da identidade genética e, hoje, devemos incluir neste catálogo, a inviolabilidade da identidade digital⁶.

À expansão do direito penal material assistimos a uma expansão e ampliação de admissibilidade dos meios tradicionais de obtenção de prova e ao surgimento e inserção no catálogo de meios de obtenção de prova de novos meios de obtenção de prova, meios de investigação de elevada *danosidade social*. Acresce que esses meios muitas das vezes são puras técnicas de investigação criminal que integram uma ação policial sem qualquer controlo jurisdicional, dando espaço ao processo de policialização do processo penal. Como exemplo desta ampliação ou extensibilidade desmedida temos a propalada a *interceção e gravação de comunicações*, vulgo *escuta telefónica*, que estava reservada para situações de muita excecionalidade, sendo que passou a ser admitida para crimes puníveis com pena de prisão superior a 3 anos ou para crimes com punibilidade inferior a 3 anos de prisão desde que, sem a escuta telefónica, jamais fosse [e seria] possível obter provas da prática do crime praticado com o recurso ao telefone, telemóvel, telégrafo, meio digital comunicacional, ou seja, desde que estes meios de comunicação fossem [sejam] o meio/instrumento para a prática de crime de injúria ou de difamação. Face à mais que notada vulgarização, o legislador em 2007 criou e implementou novas barreiras à vulgaridade com que se recorria à escuta telefónica para obter provas: indispensabilidade para a descoberta da verdade e impossibilidade objetiva para obter a prova por meio menos oneroso. Mas eis a questão: face à alteração de 2007, poder-se-á afirmar que as escutas telefónicas diminuíram ou aumentaram como meio de obtenção de prova? É um estudo a

⁵ Cf. artigos 18.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c) da CRP.

⁶ Direitos este consagrados nos artigos 25.º, 26.º, 27.º, 29.º, 34.º e 35.º da CRP.

fazer, mas perante o dia-a-dia da comunicação social, parece-nos que é o *meio rei* de obtenção de prova. Tudo se prova por recurso à escuta telefónica. Mais, a escuta telefónica em [muitas] decisões judiciais metamorfoseou-se: o meio de obtenção de prova converteu-se em prova da prática de crime. A necessidade de responder «ao sentido coletivo de justiça» e à consciência coletiva de justiça», *i. e.*, ao clamor social e comunitário, o meio de obtenção de prova abandona o seu espaço normativo e dogmático e passa ocupar o espaço normativo e dogmático de prova suficiente para condenar um ser humano.

Veja-se o recurso ao *agente infiltrado*. A sua inserção legal como *meio de obtenção de prova excecional* aparece, nos anos 80 do séc. XX, no âmbito da prevenção e repressão do tráfico de droga, sendo ampliado nos anos 90 do mesmo século o âmbito para criminalidade económico-financeira, corrupção e branqueamento de capitais e de bens, e, em pleno séc. XXI, a ampliação é astronómica como se pode aferir do artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que aprovou o Regime Jurídico do Agente Encoberto [Infiltrado]⁷.

A *excecionalidade do meio vai esbatendo-se com a ampliação do âmbito da possibilidade de recurso para prevenção e repressão criminal*, que deixa de ser apenas para crimes de elevada complexidade e especialidade criminal ou para criminalidade violenta e passa a ser utilizado como meio de obtenção de prova – como meio de investigação criminal – de crimes que eram investigados com meios tradicionais de obtenção de prova e com uma polícia criminal mais racional e menos digital ou subordinada ao digital. É um meio de obtenção de prova implementado noa anos 90 do século XX para investigar a criminalidade económico-financeira e a criminalidade com esta correlacionada.

A *génese do agente infiltrado* pertence aos serviços de informação ou serviços secretos, cujos resultados de obtenção de informação política, económica e financeira nem sempre foram os melhores, mas com resultados apreciáveis no quadro da guerra fria entre os dois grandes blocos. A *infiltração estava ligada à manipulação dos vetores de confiança das relações humanas e assentava numa lógica de servir o Estado como um bloco digno de tutela absoluta* e por qualquer meio, mesmo que implicasse a prática de crime por parte do agente secreto infiltrado. A ampliação de recurso em concreto a este método ou a esta tipologia de infiltração começa, em vários fóruns, a ser defendida para a *persecução da criminalidade que hoje mais afeta a*

⁷ Para um melhor esclarecimento sobre esta matéria, o nosso *Teoria Geral do Direito Policial*. 5.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 564-602.

sociedade e a sobrevivência dos seus seres humanos: criminalidade económica e financeira localizada, regional e global. Este caminho está a ser desenhado e encontra apoio e guarida nos setores mais impensáveis da sociedade, incluindo na doutrina jurídica da defesa do coletivo e de um Direito penal de segurança (nacional).

Acresce a estes meios de obtenção de prova o *rastreamento e monitoramento de toda a atividade digital* do ser humano por agências privadas, entidades privadas de utilidade pública e entidades públicas sem que haja um escrutínio prévio do poder judicial. O terrorismo e as fontes de financiamento do e ao terrorismo – cuja maior receita se considera provir da criminalidade económica e financeira – têm justificado a *policialização* da repressão criminal ou o ampliativo incremento de uma investigação policial criminal sem qualquer controlo prévio, contínuo e a montante dessa atividade. O *medo esquizofrénico* ocupa o *espaço* e o *tempo do decisor político* por imposição dos representados que *vivem com medo de sofrerem um atentado terrorista e não de serem vítimas de um crime de ofensa à integridade física, de rapto, de sequestro, de furto, de roubo* (etc.). O terrorismo é o mote, é a melanina fundante da decisão de ampliação de novos meios de obtenção de prova e de investigação criminal, em especial os meios ocultos de obtenção de prova.

O *rastreamento e monitoramento de toda a atividade humana*, em especial da *atividade digital*, pode ser prosseguido através do recurso à videovigilância, ao registo de voz (off) e de imagem, aos movimentos do cartão de crédito, ao registo *Via Verde*, ao número de telemóvel, ao IMEI, ao GPS, ao IP do seu portátil, ao IP seu televisor ou ao seu frigorífico, (etc.). Tudo serve de base a uma boa busca de dados sobre uma pessoa destinados a ajudar a criar o *seu perfil genético-social-económico-político*, e, quem sabe, *ético-religioso*. O que esses instrumentos operativos nos dão é tão-só a localização do aparelho, do veículo, da pulseira, da caneta, do relógio, mas não nos dão a certeza de que o visado com a investigação é o seu portador ou o seu utilizador ou o agente do crime sob investigação. É esta a razão de os meios de obtenção de prova não poderem ser considerados prova em sede de processo penal, uma vez que necessitam de serem confrontados e comprovados – *thema probandum* – em conjunto com outros meios de prova e outras provas produzidas em sede de audiência e discussão de julgamento. O Direito de um Estado constitucional democrático, como o português, não pode admitir nem aderir à tese da presunção de ação ou de autoria de um crime. Impõe-se, antes, que essa ação ou essa autoria seja comprovada e não apenas presumida, sob pena de invertermos a

materialidade do princípio da legalidade penal material e processual e a presunção de inocência do visado com a investigação criminal.

A mesma tese de não presunção de ação ou de autoria de um crime aplica-se ao *ADN obtido através de um vestígio biológico recolhido num determinado local*: o ADN pode dizer-nos que aquela pessoa esteve naquele local ou que teve relações sexuais com aquela pessoa, mas *por si só não nos dá a certeza* de que foi aquela pessoa quem cometeu o crime ou que abusou sexualmente daquela pessoa. Alertamos e recolocamos a mesma proposição quanto às impressões digitais de uma determinada pessoa, que nos indica que esteve naquele local ou com aquela pessoa, mas, para aferição do nexo da ação [autoria], esses vestígios dactiloscópicos precisam de ser confrontados com outros meios de obtenção de prova e outros meios de prova para que o Tribunal se convença de que aquela pessoa é o autor do crime sob investigação criminal. A tese da presunção de ação ou de autoria não pode ser admitida, como se pretende e como muitas vezes se tem convencido o Tribunal, sob pena de negação do direito à liberdade de uma pessoa inocente.

Mas será este o caminho que tem sido seguido pela investigação criminal ou será que se deixou ludibriar pelas teorias da evidência probatória e da indução probatória, próprias dos Estados totalitários, autoritários e securitários?

O problema não é só a *delação total da tutela constitucional e jurisdicional* dos cidadãos, que, por desenvolverem uma atividade económico-financeira, presumida como ilícita, legitimam em abstrato um catálogo excecional de meios de investigação e de obtenção de prova. É, também, a *delação das relações de confiança* e a possível *demolição do Estado de direito material social democrático*. A confiança relacional, a mais que o Direito penal é uma *ordem jurídica relacional* (FARIA COSTA 2015: 175), quebra-se e a sequente confiança normativa não sai incólume desta contínua delação de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais.

Refira-se que a par da *policialização* e da *desjurisdicionalização* dos meios de investigação criminal, o ser humano passa a *ser polícia de si mesmo* e produz *prova contra si mesmo* sem consciência de que o faz e com plena violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Os princípios são abolidos sempre que estejamos perante uma *criminalidade violenta e grave* ou perante uma *criminalidade financiadora dessa criminalidade violenta e grave*, como tem sido apontada alguma criminalidade económica. Esta construção sociológica, antropológica da criminalidade económico-financeira e, quantas vezes, esta construção (a)política amplia o número de agentes persecutórios não detentores de prerrogativas de polícia criminal. Falamos, aqui, dos funcionários

das entidades financeiras que se veem obrigados a não invocar o segredo que resulta da relação instituição [funcionário] e cidadão ou a não se opor à colaboração com as entidades policiais e judiciárias. O princípio da lealdade entre a instituição e o funcionário face ao cidadão, quebrando-se, assim, o segredo interno. Estamos perante um modelo de dotar as entidades financeiras, em especial os seus funcionários, próximo de um *agente encoberto* e ou quase infiltrado, *método oculto de investigação* (DAMIÃO DA CUNHA 2017: 73-75), que colabora na recolha de provas criminais contra o cidadão visado sem que este saiba desta quebra de lealdade e de confiança⁸.

Os direitos e liberdades fundamentais pessoais constituintes do núcleo central da dignidade da pessoa humana são esmagados em prol de uma eficácia da persecução criminal daqueles que são apontados como os responsáveis pela crise económico-financeira e na busca não de uma justiça, mas de 'vingança'. A *justiça não se realiza* se para a *obtermos esmagarmos os direitos e liberdades fundamentais pessoais* face à ilegitimidade dessa ação e à ilegitimidade ética do Estado em recorrer a meios de obtenção de prova excecionais sem que se respeite um *minimum* inultrapassável da liberdade do ser humano. Se a excecionalidade se transforma em vulgaridade, não teremos justiça, pelo menos uma justiça em democracia, mas tão-só uma vingança.

Chegados a este momento e para que todos tenhamos um olhar mais assertivo sobre o tema e compreendam a nossa posição, é de frisar que os meios ocultos de obtenção de prova, quantas vezes obscuros (escuros), são *incognoscíveis*, são *intrusivos* e são *especiais*. Assentam numa lógico-sistemática de responder e de implementar um Direito penal especial de elevada eficácia imediata e mediática, *como se a eficácia da justiça fosse o único valor a tutelar*. Mas a história demonstra que a *eficácia é inimiga da eficiência* final do resultado do processo-crime: realização da justiça e do Direito.

3. Os sistemas penais materiais e processuais em confronto direto

⁸ Veja-se a ampliação das entidades e dos funcionários obrigados a colaborar, melhor, a serem polícias não credenciados na persecução criminal do crime económico-financeiro, pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

O momento que vivemos impõe-nos que se avoquem, mesmo que forma muito breve, os sistemas penais em curso, em confronto e em convivência contínua, colocando à prova o *princípio da concordância prática* face aos princípios e axiomas subjacentes em confronto de cada um dos sistemas penais na busca de uma unidade jurídica epistemológica, teleológica e axiológica de um todo:

a) O sistema penal assente na teoria do *garantismo* supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional, hermenêutico e exegético. Este sistema resiste com agruras às tentativas de demolição e de implosão com a ideia de gerar impunidade, que no fundo significa: por não gerar a vingança desejada. A criminalidade económica tem sido maná fundante dos que defendem que o garantismo e o humanismo penal tem de ser afastado do Direito penal, porque só vai para a prisão o pobre e o desgraçado, enquanto o rico, o empresário, o banqueiro, o presidente do conselho de administração, o administrador de uma grande empresa nunca vai para a prisão. Pois, ninguém se pergunta se a prisão é a única solução para prevenir e reprimir a criminalidade em geral e a criminalidade económica em especial. Preferem apontar que os criminosos ricos não vão para a prisão, sem se interrogarem se os outros que se encontram na prisão deviam ter sido condenados a essa pena ou se é necessário encontrar outras respostas de responsabilidade pelo crime praticado.

b) O sistema penal do *justicialismo* entregue à ação jurisdicional na efetiva diminuição das *garantias processuais penais suprimidas* pelo controlo contínuo do poder judicial que, *p. e.*, não assume a *fundamentação* das suas decisões como essencial à administração da justiça, ou a administrativização da atividade jurisdicional com a plena diminuição das garantias processuais dos visados com o meio de investigação/obtenção de prova e dos cidadãos em geral.

c) O sistema penal do *securativismo* entregue à *atuação policial* que gere o exercício de direitos e liberdades fundamentais pessoais na sociedade e aquela atuação legalista assume-se como a base de ação penal do Estado, podendo assumir-se a policialização como caminho/solução de uma melhor ação penal.

d) O sistema penal do *autoritarismo/totalitarismo* que assenta na legalidade formal do Estado e utiliza os *atores policiais e judiciários* na prossecução de uma *eficácia concreta* na persecução criminal, relevando toda e qualquer garantia, liberdade e direito cuja decisão judicial e policial jamais pode ver contestada fora dos limites da lei.

e) O sistema penal *belicista* e de *segurança nacional*, designado por muitos de direito penal do inimigo. Neste sistema o agente do crime é um inimigo da ordem

estabelecida do Estado e, por essa razão, é um inimigo do Estado que tem de ser *neutralizado, proscrito* e, em ultima instância, *eliminado*. A neutralização e a proscrição têm sido as opções últimas deste sistema, que tenta centralizar a *ação penal do Estado dentro da lei penal* ou dentro de um *Direito penal material e processual penal próprio, melhor, especial e diferenciado (sem os direitos, liberdades e garantias que são reconhecidos aos demais membros da comunidade)* para um determinado número de seres humanos que passam a ser apenas indivíduos ou números.

4. Reclamação de um reequilíbrio ou a reposição do equilíbrio abandonado por meio da *ratio iuris*

Este *tempo* e este *espaço* de *incerteza* e de *medo* vivemos o axioma ‘caça às bruxas’. Exige-se que se reequilibre o sistema sob pena de um dia acordarmos e sentirmos que os direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais, que pensávamos estarem seguros ou assegurados eternamente, se terem evaporado.

Avocamos para a discussão o retomar de um discurso que há muito parece estar esquecido: a defesa de um direito penal material e processual assente numa ordem sistemática, axiológica e teleológica da *ratio iuris* que CANARIS iniciou há muitos anos e ficou parada no tempo. Consideramos que só podemos voltar a esse debate se voltarmos a estudar e debater os princípios regentes da legislação e os princípios da interpretação e aplicação dos meios ocultos de obtenção de prova para que se consigam salvaguardar a extensão e o alcance do conteúdo dos preceitos constitucionais tutelares dos direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais [n.º 3 e 1 do artigo 18.º da CRP] e se possa assim proceder a uma interpretação e integração dos direitos e liberdades fundamentais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem [n.º 2 do artigo 16.º da CRP].

Em tom de síntese, voltamos a elencar os *princípios legiferantes* no quadro dos meios ocultos de obtenção de prova:

- a) O princípio da *reserva de Constituição* nas *restrições* de direitos, liberdades e garantias fundamentais – n.º 2 do artigo 18.º da CRP – e das *garantias efetivas no âmbito do recurso a meios ocultos de obtenção de prova*: jurisdiicionalidade da decisão final de recurso a esse meio.
- b) O princípio da *reserva de lei [absoluta e relativa]*. Consideramos que, tendo em conta a elevada danosidade social dos meios ocultos de obtenção de

prova, a *reserva de lei devia ser absoluta*. Falamos de meios tão graves na intrusão da vida e nas relações humanas, que podem colocar em causa a legitimidade ético-política-jurídica do próprio Estado, que se afirma de democrático de direito, que defendemos a reserva de lei absoluta, não obstante em Portugal a reserva para matérias criminais e processuais criminais ser de natureza relativa.

- c) O princípio da *reserva de código* e da *segurança jurídica*: a afirmação da confiança como princípio da intersubjetividade comunicativa. A opção que os legisladores têm seguido é de regular matéria tão sensíveis por leis avulsas que entram em contradição com o Código de Processo Penal e com as leis de valor reforçado e, por conseguinte, estão feridas de ilegalidade e de inconstitucionalidade material indireta. A segurança jurídica não se afere apenas da codificação de todos os meios de obtenção de prova, sujeitos a um regime comum, mas também da *determinabilidade normativa* – os termos têm de ser suficientemente claros para que todos os cidadãos conheçam as circunstâncias e quesitos dos meios ocultos – e da *precisão normativa da especificidade* (tendo em conta a sua *excepcionalidade*), *fundamentos, fins e limites* (temporais) dos meios ocultos.

Afasta-se a norma processual penal indeterminada e em branco – como por exemplo «são admitidos todos os meios de prova que não ofendam a dignidade da pessoa humana». Duas grandes incertezas: a primeira prende-se com a violação do princípio da *taxatividade* ou *tipicidade* dos meios – não existem limites jurídico-positivos no recurso aos meios: o que se entende por «*todos os meios*», assim como ofende o princípio da cláusula geral de polícia do n.º 2 do artigo 29.º da DUDH; a segunda prende-se com a semântica – hermenêutica e exegética – dos conceitos usados por aquela norma geral e abstrata [o que se entende por «ofensa» (?): jurídica, física ou não física (moral ou psicológica) (?). Consideramos que os princípios da *clareza* e da *determinabilidade* do Direito penal – conduta típica, o ilícito, a culpa e a punibilidade (CARBONELL MATEU 1999: 130-131) – devem verificar-se quando falamos das *normas de Direito processual penal*, em especial as que têm como natureza funcional a limitação da liberdade dos cidadãos. Nesta mesma linha se *proíbem as interpretações extensivas* – a cláusula geral de polícia não é uma interpretação extensiva (VALENTE 2013) – e as integrações analógicas para as normas reguladoras da restrição da liberdade dos cidadãos, em especial dos meios

de obtenção de prova. Exceto se estivermos a falar de interpretação extensiva e analogia *in bonam partem*.

- d) Impõe-se, neste quadro legiferante, o princípio do *catálogo*. O catálogo de crimes deve ser, desde logo, aferido do tecido constitucional e deve assumir-se como um critério limitativo em razão dos tipos legais de crime e em razão da pena⁹. É neste quadro de decisão político-constitucional que vamos decidir se a abertura ou a admissibilidade de meios ocultos de prova deve seguir o *modelo fechado* – identificação do tipo legal de crime –, o *modelo aberto* – sem indicação do tipo de crime e a opção pelo critério da pena em abstrato aplicável –, o *modelo causal* – só deve haver recurso ao meio oculto de obtenção de prova apenas nos casos em que haja já em curso um processo-crime (causa) – ou o *modelo modal* – que impõe a verificação da ocorrência em concreto de pressupostos axiológicos como ocorre no n.º 1 do artigo 187.º do CPP português.
- e) Avoca-se para a decisão político-constitucional o princípio da *excepcionalidade* por força da verificação do princípio da *necessidade* da restrição de direitos e liberdades fundamentais – intrusão na esfera jurídica nuclear da dignidade da pessoa humana – e da *prévia previsão expressa* na Constituição das situações admissíveis de restrição desses direitos e liberdades fundamentais – veja-se o caso das *escutas telefónicas* que impõe a existência de um processo-crime e, por esta via, inviabiliza as designadas escutas telefónicas administrativas ou preventivas, típicas dos regimes autoritários e totalitários.
- f) O princípio da *irretroatividade* das *leis restritivas* de direitos e liberdades fundamentais e de *leis sanadoras supervenientes de meios (restritivos) de persecução penal* [proibição de admissibilidade superveniente do meio oculto de obtenção de prova (restritivo de direitos e liberdades fundamentais pessoais) para sanar ou promover a admissibilidade de uma prova obtida por um meio ainda não regulado de modo a afastar a nulidade probatória consagrada no n.º 8 do artigo 32.º da CRP e do artigo 126.º do CPP].
- g) A (in) admissibilidade constitucional do recurso a meios ocultos de investigação criminal – Brasil e Portugal – através do *princípio da*

⁹ Critério avançado para o quesito da proporcionalidade na ingerência nos direitos fundamentais pessoais (MORENO CATENA 2008: 80).

admissibilidade negativa ou tácita. O problema que se tem colocado é saber se a inexistência de prévia admissibilidade constitucional de restrição de direitos e liberdades fundamentais por meio de recursos a meios ocultos de obtenção de prova – princípio da *admissibilidade expressa* – pode ser ultrapassado por meio de uma hermenêutica de tutela ampla de bens jurídicos individuais – como a vida, a integridade física, a liberdade pessoal (principais valores jurídico-constitucionais) – e considerar que, por essa via, o legislador infraconstitucional está legitimado a legislar e aprovar o recurso a esses meios ocultos de prova. Duas razões fundamentais levam-nos a *discordar da implementação do princípio da admissibilidade negativa ou tácita*: a primeira prende-se com a hierarquia das leis e esta opção nega e nega o princípio da separação de poderes e do princípio do Estado democrático de direito, e, acima de tudo, admitir que uma *lei infraconstitucional derroga uma norma constitucional* – seria admitir que se podem fazer revisões constitucionais com leis ordinárias e não por leis de revisão constitucional. E ainda, presa à primeira questão e com o princípio da separação de poderes, poderíamos estar a admitir a extensibilidade do recurso e da operabilidade dos meios ocultos de obtenção de prova. A segunda prende-se com a *ignorância* da materialidade do Direito enquanto ciência do Ser Humano e para o Ser Humano. As razões apontadas – defesa e garantia da vida, da integridade física e da liberdade, bens jurídicos vitais – enquadram-se em regra no múnus jurídico do *estado de necessidade justificante*, que é, em termos dogmático-penais, uma *causa supralegal de exclusão da ilicitude*. São situações pontuais que impõem uma hermenêutica conforme a Constituição e que exigem ao Estado, através dos seus operadores – polícias e judiciário – uma intervenção, ou seja, enquadram-se no âmbito do princípio do *estado de necessidade de intervenção* do Estado.

- h) A “barreira” jus normativa constitucional inultrapassável: a *dignidade da pessoa humana* e o seu *núcleo central* [integridade pessoal, reserva da intimidade da vida privada e familiar, palavra, imagem, honra, identidade pessoal, inviolabilidade do domicílio e de toda a comunicação humana].

Há barreiras que não podem alguma vez ser ultrapassadas sob pena de negarmos o Estado democrático de direito através do uso excessivo ou defeituoso do Direito positivo, acompanhado de uma legiferação débil e confusa. Esta posição impõe-nos que avoquemos o princípio da *superioridade ética do Estado* que há muito

defendemos e serviu de base para a nossa tese de doutoramento (VALENTE 2013: 393-433)

Impende, mesmo em jeito de síntese, o dever de considerarmos os *princípios* que jamais devem ser afastados no quadro da *interpretação e aplicação dos meios ocultos de obtenção de prova* ao caso concreto: o princípio da constitucionalidade e da legalidade (democrática legítima, válida, vigente e efetiva). A *subordinação* de toda a atividade do Estado – política, executiva e judicial – à *Constituição e à legalidade democrática* (n.º 2 do artigo 3.º da CRP) ou à «Constituição e ao Direito» (cf. n.º 1 do artigo do CPA). Impõe-se um juízo de constitucionalidade da interpretação das normas que regulem os meios ocultos de obtenção de prova e de investigação criminal aos operadores judiciais [Juiz, Ministério Público e Polícia]; o princípio de *tipicidade* e da irretroatividade (para admissibilidade da prova em sede de processo-crime) dos meios ocultos de investigação criminal [os princípios do catálogo estrito, da jurisdicionalidade, da *fundamentação*¹⁰ [material & formal e montante & jusante]; o princípio da proporcionalidade em sentido lato ou da proibição do excesso [adequação, necessidade e exigibilidade, proporcionalidade *stricto sensu* ou razoabilidade], devendo-se alocar a este princípio o princípio da *subsidiariedade*, o princípio da *excecionalidade* – os meios ocultos de investigação e de produção de prova são meios excecionais e não meios normais e vulgares, e o princípio da *indispensabilidade* – O meio de obtenção de prova com elevada «danosidade social» (COSTA ANDRADE 1992: 285) tem de ser indispensável à promoção das finalidades do processo: *v. g., descoberta da verdade prática, (material, judicial e processualmente válida), realização da justiça, defesa e garantia dos direitos de todos os cidadãos e restabelecimento de paz jurídica*; o princípio da *indispensabilidade do recurso ao meio oculto* de prova para a descoberta da verdade¹¹ ou para a obtenção da prova como referencial da *descoberta da verdade prática, material, judicial e processualmente válida* (FIGUEIREDO DIAS 2004: 193-195); o princípio da impossibilidade objetiva de obtenção de prova por meio menos oneroso para os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos (todos – arguido ou

¹⁰ O princípio da *fundamentação* é um dos princípios constitucionais regentes de qualquer restrição, muito mais quando se fala da privação da liberdade e da restrição dos direitos e liberdades fundamentais pessoais. É um princípio constitucionalizado quanto às decisões jurisdicionais: artigo 205.º da CRP.

¹¹ Muitas vezes confunde-se este princípio com o da impossibilidade objetiva de obtenção de prova por meio menos oneroso (Flávio GOMES e Sílvia MACIEL 2014: 98-99).

indiciado, vítima direta, vítimas indiretas, familiares de cada um dos sujeitos passivos dos meios (intrusivos) ocultos de investigação; o princípio *odiosa sunt restringenda* [as normas restritivas de direitos e liberdades fundamentais pessoais, correntemente verificadas no âmbito penal material, processual e penitenciário, “devem ser interpretadas, senão restritivamente, pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia” (MIRANDA 2000: 340), uma vez que os direitos e as liberdades fundamentais pessoais prevalecem “sempre sobre as restrições” (MIRANDA 2000: 340)]; o princípio da temporalidade tem como ideia os limites máximos temporais que não podem ser ultrapassados em caso algum¹² sob pena de não termos processo, mas antes um estado de processo; o princípio da vinculação ao fim global do Direito processual penal e ao fim concreto da autorização do recurso ao meio oculto de obtenção de prova, como tem defendido COSTA ANDRADE; o princípio da limitatividade probatória: as proibições de prova e a questão dos conhecimentos fortuitos e do efeito-à-distância; e o princípio da dignidade da pessoa humana (inadmissibilidade probatória através do recurso a meios de elevada ofensividade ao seu núcleo medular).

5. Os limites inultrapassáveis

Há um limite inultrapassável. Esse limite não pode alguma vez ser ultrapassado sob pena de negarmos o ser humano e de negarmos a essência do Estado democrático de direito.

O núcleo central dos direitos e liberdades fundamentais pessoais que são a medula do princípio da dignidade da pessoa humana é o limite dos limites cuja ação violadora destrói a essência humana e o Direito como dimensão material da justiça, como dimensão humana e da vontade humana para afastar a tradicional violência, a tradicional vingança que foi a fonte de ordem e paz pública durante séculos e que mergulhou a sociedade nos sentimentos inspiradores das maiores desigualdades (BECCARIA 1998: 89).

¹² Assim como impõe que se coloque em liberdade a pessoa quando se conseguem obter as finalidades da restrição *in casu* ou se houver certeza de que o Juiz de Instrução Criminal – por exemplo não vai ouvir em primeiro interrogatório de arguido detido no prazo das 48 horas e que não se consegue entregar o detido ao Ministério Público [devendo colocar-se, de imediato e em liberdade, o detido]: 48 horas – n.º 1 do 28.º da CRP; 24 horas – al. b) do n.º 1 do artigo 254.º da CRP; e 6 horas – n.º 6 do artigo 251.º da CRP.

Em vésperas de celebrarmos os 68 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e em vésperas de uma época natalícia, consideramos que, face aos perigos que nos avizinham no presente e no futuro muito próximo e às ansiedades dos que buscam na vingança a resposta às desgraças económicas e financeiras, relembro um sentimento e desejo de SANTO AGOSTINHO, que tem hoje grande utilidade:

Fazemos votos para *que não nos vença o desejo de vingança*.

Bibliografia citada e consultada

BECCARIA, Cesare (1998). *Dos Delitos e das Penas*. Tradução do italiano *Dei Delitti e delle Pene* de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANARIS, Claus-Wilhelm (2008). *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução do alemão *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* de A. Menezes Cordeiro. 4.^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANOTILHO, Gomes e Moreira, Vital (2007 & 2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Volumes I e II. 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA ANDRADE, Manuel da (1992). *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2009). *“Bruscamente no verão Passado”. A Reforma do Código de Processo Penal. Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia Ser Diferente*. Coimbra: Coimbra Editora.

DAMIÃO DA CUNHA, José M. (2017). *Medidas de Combate à criminalidade organizada e Económico-Financeira. A lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*. Porto: UCEDITORA.

FARIA COSTA, José de (2015). *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

FERRIS, Timothy (2013). *Ciência e Liberdade. Democracia, Razão e Leis da Natureza*. Tradução da edição inglesa de 2010 – *The Science of Liberty – Democracy, Reason, and the Laws of Nature* – de ANA SAMPAIO. Lisboa: Gradiva Publicações S.A..

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2004). *Direito Processual Penal*. Reimpressão da 1.^a Edição de 1974. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora.

GOLDING, Martin (2010). *Filosofia e Teoria do Direito*. Tradução do inglês de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor.

KRIELE, Martin (2009). *Introdução à Teoria do Estado. Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Tradução do alemão *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates* de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2013). *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: UCE.

_____. (2017). Criminalidade Criminológica. Tópico Juscriminológico Supranacional. In: *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, Lda..

_____. (2017). *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. O "Progresso ao Retrocesso"*. 2.^a Edição – Versão Portuguesa. São Paulo: Almedina Brasil, Lda..

_____. (2017). *Teoria Geral do Direito Policial*. 5.^a Edição. Coimbra: Almedina

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho
2017



Universidade do Minho
Escola de Direito

FCT
Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Título: A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada
Atas da Conferência Internacional

Edição: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII)

Coordenação: Flávia Novera Loureiro

Apoio: Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM)

Data: Novembro 2017

ISBN: 978-989-54032-0-2

